

# DROIT PROSPECTIF



## TABLE DES MATIÈRES

— Editorial

### **I - Droit Civil**

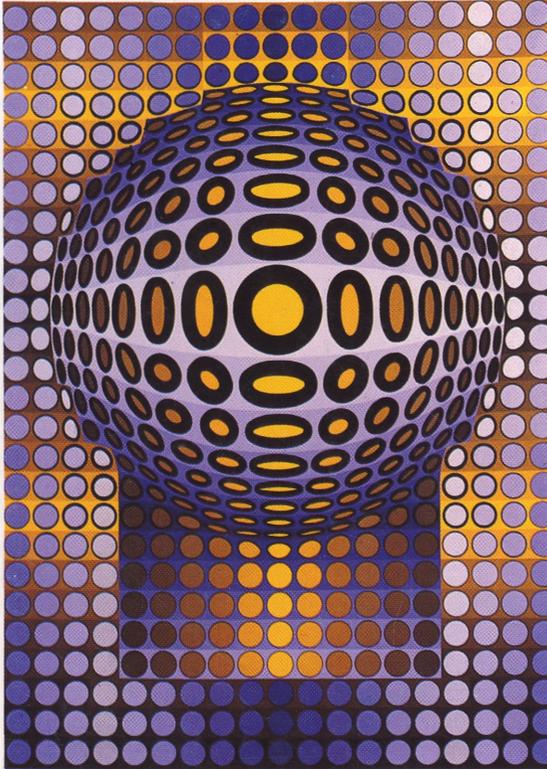
— Roberto L. ANDORNO, Procréation artificielle, personnes et choses.

### **II - Droit Constitutionnel**

— Patrick GAÏA, Commentaire de la décision du Conseil Constitutionnel n° 91-294 du 25 juillet 1991 : Loi autorisant l'approbation de la Convention d'application de l'accord de Schengen.

*Suite page 4 de couverture.*

# DROIT PROSPECTIF



## TABLE DES MATIÈRES

— Editorial

### **I - Droit Civil**

— Roberto L. ANDORNO, Procréation artificielle, personnes et choses.

### **II - Droit Constitutionnel**

— Patrick GAÏA, Commentaire de la décision du Conseil Constitutionnel n° 91-294 du 25 juillet 1991 : Loi autorisant l'approbation de la Convention d'application de l'accord de Schengen.

*Suite page 4 de couverture.*



ACUTE DYS  
E

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

1992-1

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

Abréviation de référence : R. R. J.

N. XVII - 48 (17ème année - 48e numéro)  
(4 Numéros par an)

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

## COMITÉ DE PATRONAGE

M. Paul AMSELEK	Professeur à l'Université de Paris II
M. le Doyen Jean-Marie AUBY	Professeur à l'Université de Bordeaux I Président honoraire 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 LAUBADÈRE (†)	
M. Michel LESAGE	Professeur à l'Université de Paris I Directeur du Service de Recherches Juridiques Comparatives (C.N.R.S.)
M. le Recteur Didier LINOTTE	Professeur à la Faculté de Droit de Nice
M. Edmond LISLE	
M. le Doyen Guillaume MATRINGE	Professeur à l'Université de Paris II
M. Bruno OPPETT	Professeur à l'Université de Paris II
M. François TERRÉ	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 SÉRIAUX  
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

### COMITÉ SCIENTIFIQUE

J.-L. BERGEL  
D. BERRA  
F. BOULAN  
J. BOURDON  
J.-Y. CHEROT  
Y. DAUDET  
Ch. DEBBASCH  
Ph. DELEBECQUE

L. FAVOREU  
M. FLORY  
C. LOUIT  
J. MESTRE  
J.-L. MESTRE  
C. MOULY  
J.-Cl. RICCI  
A. SÉRIAUX

### ÉQUIPE DE RÉDACTION

F. BOULAN  
L. FAVOREU  
M. GARCIN

J. MESTRE  
J.-L. MESTRE  
J.-Cl. RICCI

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

ABONNEMENT : 4 numéros par an - Tarif 1992

Abonnement de Soutien : 600 F  
Abonnement (France) : 400 F

Abonnement étranger : 450 F  
Numéro (France) : 110 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'UNIVERSITÉ  
12, Rue Nazareth - Aix-en-Provence

Sciences Juridiques, Économiques et Sociales

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

Cartes de Fidélité - Recherches Bibliographiques



# TABLE DES MATIÈRES

*ÉDITORIAL*..... 9

## I - DROIT CIVIL

- Roberto L. ANDORNO, Procréation artificielle,  
personnes et choses..... 13

## II - DROIT CONSTITUTIONNEL

- Patrick GAÏA, Commentaire de la décision du Conseil  
constitutionnel n° 91-294 du 25 juillet 1991 : Loi auto-  
sant l'approbation de la Convention d'application de  
l'accord de Schengen..... 25

- Jean-Paul PASTOREL, Quelques réflexions à propos  
d'une récente décision du Conseil constitutionnel sur le  
statut de la Corse..... 55

- André ROUX, Normes nationales et normes locales  
dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel..... 73

## III - DROIT DE LA CULTURE

- Olivier LALIGANT, Des œuvres aux marches du  
droit d'auteur : les œuvres de l'esprit perceptibles par  
l'odorat, le goût et le toucher ..... 99

## IV - DROITS DE L'HOMME

- Norbert ROULAND, Les utilisations de la notion de  
droits de l'Homme dans le nouvel ordre international... 131

- Étienne LE ROY, Les fondements anthropologiques.  
des droits de l'Homme. Crise de l'universalisme et  
post-modernité..... 139

## V - MÉTHODOLOGIE ET SOCIOLOGIE JURIDIQUES

- M'Hamed EL HATIMI, **Qu'est-ce que la méthodologie juridique ? (Esquisse de quelques points de repères en méthodologie juridique au Maroc)**..... 163
- Anne ENSMINGER, **Auto-signaux, la norme baladeuse : avertisseurs optico-acoustiques et plaques d'immatriculation** ..... 177
- P. John KOZYRIS, **Recourse to the Objectives of the Law and the Role of Equity in the New International Law of Maritime Boundaries (Abstract of paper in the form of an essay)**..... 257

## VI - HISTOIRE DU DROIT ET HISTOIRE DES IDÉES POLITIQUES

- Erk Volkmar HEYEN, **Administration communale et science du droit administratif en France et en Allemagne (1871-1914)** ..... 267
- Antoine LECA, **Les droits du peuple dans les "Franco-Gallia" de F. Hotman (1573-1600)**..... 277

## VII - THÉORIE JURIDIQUE

- V.S. NERSESIANTS, **Dans la voie vers le droit : du socialisme au postsocialisme**..... 293
- V.S. NERSESIANTS, **Le droit comme mathématiques de la liberté**..... 305

## VIII - ACTUALITÉS DOCTRINALES

- **La prestation de Conseil juridique en droit français**" Thèse Aix-Marseille par Jean-Jacques ALEXANDRE (Présentation par Emmanuel PUTMAN)..... 317
- **Science des légistes, savoir des juristes** par Christian ATIAS (Présentation par Emmanuel PUTMAN)..... 321
- **La justice et ses institutions** par J. VINCENT, S. GUINCHARD, G. MONTAGNIER et A. VARINARD (Présentation par Jean-Claude RICCI) ..... 323

# ÉDITORIAL

## MAASTRICHT...

Ainsi donc les accords de Maastricht, c'est promis, c'est juré, vont être l'occasion d'une belle empoignade juridico-française au moins sur un point : le droit de vote accordé aux ressortissants des autres États membres de la C.E.E. lors des élections locales.

Certes, cet aspect n'est qu'une des facettes de ces importants accords et il ne faut pas que l'arbre cache la forêt.

Par ailleurs, il est un élément sur lequel l'entente semble être cordiale entre formations politiques nationales : le droit, pour chaque ressortissant communautaire, de voter dans l'État de résidence pour les élections européennes.

Notre système constitutionnel contient, on le sait, une particularité s'agissant de l'élection de la deuxième chambre. Celle-ci, le Sénat, est en effet élue au deuxième degré par un collège de grands électeurs comprenant pour l'essentiel des élus représentant les conseils municipaux. Autoriser des étrangers à élire des conseillers municipaux et à être eux-mêmes élus dans les conseils municipaux soulève la question de savoir si l'exercice de la souveraineté nationale peut être confié indifféremment à des nationaux et à des non nationaux. Le lien de la nationalité est-il consubstantiel à l'exercice de la souveraineté ?

Question fondamentale on le voit.

Une chose est certaine : il faudra réviser la Constitution. L'article 3 de ce texte réserve le droit de vote, en matière d'exercice de la souveraineté nationale, aux seuls "nationaux français".

Mais peut-on, à supposer la réforme adoptée, limiter -et de quelle façon- l'octroi du droit de vote des étrangers "communautaires" à la seule désignation du Sénat sans l'étendre, du même coup, à celle de l'Assemblée nationale, au risque de créer un hiatus politique et constitutionnel entre les deux assemblées ? Et peut-on, ensuite, s'arrêter en chemin ?

Peut-on le faire, de plus, sans modifier certaines dispositions de la Déclaration de 1789 ? (On pense à l'article 3 qui définit la souveraineté nationale, à l'article 6 relatif à la loi, à l'article 13 relatif à l'égalité fiscale des seuls "citoyens", à l'article 14 concernant le pouvoir fiscal des seuls "citoyens", article susceptible à lui seul de paralyser toute possibilité d'action en ce domaine d'un non national élu local...).

De nombreuses autres questions se poseront sans doute : un étranger peut-il exercer les fonctions d'agent ou d'officier de police judiciaire qui sont celles d'un maire, ou d'officier d'état civil ? Les conditions de vote seront-elles celles du pays d'accueil ou celles du pays dont on possède la nationalité ? L'étranger "communautaire" privé du droit de vote dans son pays

d'origine sera-t-il ou non électeur dans le pays d'accueil ? Et inversement ?  
Qu'en sera-t-il lorsque le motif de la sanction dans un pays sera jugé contraire  
à l'ordre public national d'un autre État ?

De ce qu'il y a de nombreux points à résoudre, il ne s'ensuit ni que  
cette réforme est impossible techniquement ou non souhaitable moralement :  
on ne prend pas partie ici sur ce point. Mais cela doit inciter au moins à  
prendre toutes précautions pour que les choix soient faits dans la plus grande  
clarté et avec sérénité. Rien ne serait plus préjudiciable -quelle que soit  
l'opinion que l'on soutient par ailleurs sur cette question- à la construction  
européenne et à l'entente entre des peuples qu'unit par ailleurs une culture et  
une civilisation communes depuis près de deux millénaires, tant il est vrai  
que l'Europe est d'abord une réalité mentale avec d'être géographique, politique  
ou économique...

Jean-Claude RICCI

R.R.J. 1992-1  
Pages 11 à 22

- I -

**DROIT CIVIL**



# PROCRÉATION ARTIFICIELLE, PERSONNES ET CHOSES

Par

Roberto L. ANDORNO

*Maître de conférences à l'Université de Buenos Aires -  
Docteur en droit argentin*

L'ordre juridique exige comme condition *sine qua non* de sa propre existence la séparation nette entre "personnes" et "choses". La personne est le *sujet* des relations juridiques ; la chose est l'*objet*. Nulle confusion n'est concevable entre ces deux termes. Néanmoins, quelques-unes des nouvelles technologies de reproduction artificielle remettent en cause cette distinction, puisqu'elles opèrent sur la base d'une réification des embryons humains obtenus à travers leurs procédés.

Le dualisme cartésien, pour sa part, agit comme justification philosophique de cette attitude, du fait qu'il considère le corps et l'esprit comme deux *substances* différentes: l'homme n'est que l'esprit, la raison. Le corps devient alors une "*chose*", et soumise en tant que telle aux critères applicables aux choses inanimées.

Plusieurs questions se posent ici : Quel est le rôle que joue le droit dans ce domaine ? Est-ce que le législateur doit abandonner aux scientifiques la décision de maintenir ou non la distinction entre personnes et choses ? Cela ne supposerait-il pas de la part du droit une renonciation à sa traditionnelle tâche de protection des individus ?

Dans la première partie de ce travail, nous verrons dans quelle mesure on peut parler d'une réification de la personne à travers la fécondation extra-corporelle, et la relation de ce phénomène avec l'anthropologie dualiste cartésienne. Dans la seconde partie, nous allons exposer quelle serait -à notre avis- l'orientation générale souhaitable pour le droit face à ces nouvelles situations.

## I - LA QUESTION RADICALE POSÉE PAR LA FÉCONDATION "IN VITRO"

Actuellement, on est sans doute en présence d'un phénomène social tout à fait inédit : l'activité techno-scientifique se présente dans plusieurs champs en conflit ouvert avec les droits de l'homme. Les récents progrès en matière biomédicale mettent en évidence que nous sommes en train d'acquérir,

à un rythme très accéléré, le pouvoir de modifier et contrôler toutes les potentialités des hommes à travers la manipulation de leurs corps.

Cette "crise de la science", dont on parle très souvent aujourd'hui (1), se rencontre d'une manière dramatique dans la fécondation "in vitro" : on voulait résoudre le problème de la stérilité des couples, mais on l'a fait par un chemin qui suppose la manipulation et la perte de vies humaines embryonnaires, en ouvrant la porte à la production de l'homme par l'homme pour n'importe quel objectif. De cette façon, l'embryon humain vient à être utilisé comme une chose. Il est dépersonnalisé par le moyen de la même technique qui le "produit". Sa condition humaine, confirmée par le génétique, est ainsi niée. Cette attitude trouve sa justification philosophique dans la vision dualiste de l'homme, développé en France par Descartes, qui a mis en exergue la pensée à un point tel qu'il a fini par la détacher du corps.

#### A - FÉCONDATION "IN VITRO", RÉIFICATION DE LA PERSONNE ?

Il est d'expérience commune que tout le monde fait une distinction essentielle entre personnes et choses, sans tolérer la confusion entre les deux concepts. De manière naturelle on aperçoit que nous n'avons pas la même disposition d'esprit vis-à-vis de "quelqu'un" et vis-à-vis de "quelque chose". Ce qui naît immédiatement face à une personne est une attitude de *respect* que l'on n'a pas face à une chose. On ne parle de "respect" que quand on fait référence à une personne (2).

La fécondation "in vitro" pose d'une manière particulièrement vive cette question de la différence de traitement vis-à-vis des personnes et vis-à-vis des choses. En effet, la première réaction que l'on a, en entendant parler de la venue d'une personne à l'existence dans un laboratoire comme résultat de l'action d'un groupe de techniciens, est celle du *refus*. Et il nous semble que cette attitude naturelle n'est pas arbitraire, mais qu'elle a un fondement profond.

C'est que l'enfant se présente ici comme le résultat d'un *processus de production* : en fait, et au-delà des intentions subjectives de ceux qui y interviennent, le nouvel être humain *est produit comme une chose*. Et on aperçoit instinctivement que cela est disproportionné, qu'il y a quelque chose de profondément irrégulier dans le phénomène. Notre intelligence et notre conscience se refusent à admettre la confusion entre personnes et choses. Mais le problème n'est pas purement théorique. Il s'agit d'un fait qui a des conséquences pratiques à l'égard du respect dû au nouvel être humain, car on est tenté de penser que *s'il est produit comme une chose, il peut être ensuite traité comme une chose* (manipulé, détruit, congelé, etc.). C'est précisément cela qui se passe dans le processus de la Fivette. Celle-ci, comme tout procédé technique, est soumise à une logique d'efficacité. Cette logique - valable quand il s'agit de la production de choses - implique qu'on ne peut pas atteindre un mauvais résultat. La logique du marché exige qu'on ne puisse pas commettre d'erreur en parvenant à l'obtention de produits défectueux. Et c'est cette logique qui conduit les médecins à exercer des pouvoirs tout à fait inouïs sur les nouveaux êtres humains.

(1) Cf. Jean Ladrière, *Les enjeux de la rationalité. Le défi de la science et de la technologie aux cultures*, Paris, Aubier - UNESCO, 1977, p. 185 et s.

(2) Emmanuel Kant, *Critique de la raison pratique*, Paris, Vrin, 1965, p. 89.

En effet, tout processus de production suppose une maîtrise en vertu de laquelle la relation entre le producteur et le produit est d'*inégalité et de subordination* (3). L'enfant qui vient à l'existence dans ces conditions est effectivement vu en tant que "chose produite", et par une conséquence naturelle, soumise au "contrôles de qualités", dont on se sert dans la fabrication des choses.

Il est mis artificiellement au-dessous de sa condition humaine. À notre avis, la faille principale que présente la fécondation "in vitro" réside justement dans le *manque d'une correspondance adéquate* (4) entre la dignité de la personne appelée à l'existence et l'acte à travers lequel on crée cette vie. Il semble que le seul acte qui soit digne de donner naissance à une vie humaine, qui est au niveau du "résultat" attendu, est l'acte d'amour physico-spirituel des parents. Ici il n'y a pas une "production" mais une "procréation". L'enfant vient à l'existence en tant que "personne", non en tant que "chose".

Du point de vue tant philosophique que psychologique, ce phénomène produit sur nos données actuelles un impact qui est difficilement imaginable. Il semble que *la production de l'homme par l'homme* tend, par elle-même, à engendrer des individus sans autre ascendance que "la Technique" (5). Celle-ci, en assumant le rôle de principe et d'origine de la personne, inverse la relation entre l'homme et elle, du moment que cette "Technique" vient à s'ériger en cause de l'être humain. Seront-ils plus heureux les habitants de la société future, "libérés" des lourds liens biologiques avec un père et une mère ? Il y a de sérieuses raisons pour croire que la graduelle substitution de la famille de base biologique par une de base technologique va amener les futurs citoyens à rompre les liens avec le passé et le futur, et à vivre dans un présent solitaire et impersonnel (6).

Mais ce n'est pas seulement autour de la question de la *dignité* de la conception que se posent les problèmes. Le droit même à *la vie* des êtres humains "produits" par les nouvelles techniques apparaît affecté de diverses manières.

La mise au point de la technique a exigé -et continue à exiger- des expérimentations qui supposent la manipulation et la perte d'embryons humains. On prétend justifier cela sur la base de "l'augmentation des connaissances scientifiques" (7), et en vue "du meilleur développement de la technique" (8). Mais, ces critères ne supposent-ils pas une considération utilitariste de la vie humaine ? Est-il exagéré de dire qu'on est en face d'un paradoxal "retour du sacrifice au cœur de la modernité" (9) ?

(3) John Finnis, "Personal integrity, sexual morality and responsible parenthood", *"Antrhopos"*, Roma, 1-1985, p. 54/5.

(4) Angel Rodriguez Luño - Ramon Lopez Mondejar, *La fecondazione "in vitro". Aspetti medici e morali*, Roma, Città Nuova Editrice, 1986, p. 109/110.

(5) Nicholas Tonti-Filippini, "IVF : The role of the technician", dans : *Persona, Verità e Morale*, Roma, Città Nuova Editrice, 1987, p. 965.

(6) Leon R. Kass, *Toward a More Natural Science. Biology and Human Affairs*, New York, The Free Press, 1985, p. 74.

(7) C'est l'opinion de l'*American Fertility Society*, dans "Fertility and Sterility", 46/3, 1986, p. 57.

(8) Robert Edwards, qui a développé la Fivette en Angleterre, insiste sur la nécessité de l'expérimentation sur des embryons humains en vue d'une amélioration de la technique (R. Edwards - M. Puxon, "Parental consent over embryos", "Nature", 310 (1984), p. 179).

(9) Marie-Angèle Hermitte, "L'embryon aléatoire", in Jacques Testart et al., *Le magasin des enfants*, Paris, Bourin, 1990, p. 240.

Le besoin d'augmenter les possibilités de réussite a conduit les équipes médicales à adopter la technique du transfert multiple, c'est-à-dire, à transférer dans l'utérus plusieurs embryons simultanément. De cette façon, le taux de succès est plus élevé, mais, en même temps, il y a un nombre plus grand de pertes embryonnaires. Le raisonnement que l'on tient est le suivant : "comme avec un seul embryon les possibilités de parvenir à une grossesse sont très faibles, alors, on va utiliser plusieurs embryons". Mais, cela n'est-il pas un raisonnement seulement valable pour des choses ? Ce critère "mathématique" est-il applicable à des entités humaines ? Ces nouvelles vies, à peine conçues sont plongées dans l'anonymat du nombre, dans l'interchangeabilité absolue où leur véritable singularité est niée. Que reste-t-il de leur "dignité" ? "Ils n'ont plus qu'une pure identité numérique. Les "numéros d'une loterie" (10). Où se trouvent ici l'éthique et le droit ?

La mort de ces embryons est ici admise et voulue comme *moyen* pour parvenir au résultat poursuivi. Il s'agit d'une vraie instrumentalisation de ces vies. "On veut la vie et la mort en même temps, et la vie par le moyen de la mort. On construit la vie sur la mort et avec la mort" (11). Il y a là un paradoxe incompréhensible et en même temps terrifiant. Le scientifique qui, avec son idéologie réductionniste se tourne contre la vie : "une vie qui se nie elle-même, l'autonégation de la vie, tel est l'événement crucial qui détermine la culture moderne en tant que culture scientifique" (12).

La technique du transfert multiplié suppose la fécondation de plusieurs embryons. Mais tous ne sont pas transférés dans l'utérus, afin de diminuer les risques d'une grossesse multiple. En effet, il y a un nombre d'*embryons surnuméraires* qui sont destinés à la congélation pour être utilisés dans un prochain transfert en cas d'échec du premier, ou qui sont employés dans l'expérimentation, ou directement écartés (13).

Tous ces abus sont possibles à cause de ce que le nouvel être humain conçu à travers la fécondation extra-utérine reste complètement sans défense vis-à-vis de toute attaque extérieure. À la différence de l'embryon conçu "in utero", qui est protégé par le corps de sa mère, celui fécondé "in vitro", isolé de toute protection naturelle, est exposé d'une manière extrême aux agressions des tiers et passible de toutes sortes de manipulations. Aux frontières de la vie s'installe, de cette manière, "le trouble de l'existence de la personne comme sujet ou comme objet" (14), et dans la confusion on choisit l'option la plus facile, c'est-à-dire, celle de l'*objet*.

Ceci est particulièrement grave quand on considère que l'embryon humain n'est pas un simple "amas de cellules". C'est le début de la *personne* : dans l'embryon on trouve déjà toute l'information génétique nécessaire pour exprimer les qualités innées du nouvel individu (15). On sait

---

(10) J.-M. Hennaux, "Fécondation "in vitro" et avortement. Simple note morale au sujet de la Fivette", "Nouvelle Revue Théologique", 1986, n° 108, p. 40.

(11) Ibid.

(12) Michel Henri, *La barbarie*, Paris, Grasset, 1987, p. 113.

(13) Alexander Lopata, "Concepts in human "in vitro" fertilization and embryo transfer", "Fertility and Sterility", 40/3, 1983, p. 299.

(14) Catherine Labrusse-Riou, "La vérité dans le droit des personnes", dans *L'homme, la nature et le droit*, Paris, Bourgois, 1988, p. 167.

(15) Pierre-Paul Grassé, *L'homme en accusation. De la biologie à la politique*, Paris, Albin-Michel, 1980, p. 280. Le Comité National Consultatif d'Éthique considère l'embryon en tant que "personne humaine potentielle" (Avis du 22 mai 1984). Cette qualification de

actuellement que dès l'instant où dans l'œuf fécondé se sont joints les chromosomes de l'ovule et ceux du spermatozoïde, la personnalité héréditaire de l'enfant est déterminée une fois pour toutes (16). L'embryon est un être vivant qui appartient sans aucun doute à l'espèce humaine. Les généticiens ne discutent plus de cela : à partir du moment de la fécondation il y a un processus continu, et c'est pour cela que la fixation d'autres limites pour commencer à respecter la nouvelle vie devient arbitraire (17).

Il semble que l'idée même de fixer des limites dans le respect dû à l'embryon humain repose sur une vision dualiste de la personne, d'inspiration cartésienne. Dans cette perspective l'homme vient à être tronqué, amputé d'une dimension fondamentale qui est organique et biologique (18).

## B - SCHÉMA DUALISTE CARTÉSIEN

Il faut reconnaître que l'on trouve un sérieux obstacle idéologique à la protection juridique de l'embryon humain dans le schéma dualiste cartésien, très répandu, qui réduit l'être de l'homme à la raison, la conscience, ou *cogitatio* (19).

L'homme, dans cette perspective, paraît s'identifier seulement par sa dimension pensante, en reléguant la corporalité au "monde extérieur", comme une chose parmi d'autres de la planète. C'est ainsi que dans le schéma cartésien (et dans une partie importante de la philosophie moderne) on ne parle plus de "l'homme", mais du "je", de "l'ego" : la *res cogitans*, opposée à la *res extensa*, n'est plus l'homme, parce que l'homme a un corps physique. C'est seulement le "je". Et de cela apparaît exclue la corporalité, qui reste plutôt unie à "l'autre que le je", à ce qu'on appelle "le monde" (20).

Selon ce schéma, il se produit une rupture entre la *raison* et le *corps*, qui donne lieu à deux concepts équivoques : la réduction spiritualiste de la personne, et la réduction physicienne du corps. Ainsi, le corps n'est pas quelque

"potentiel" en réalité fait référence au développement de la personnalité du point de vue relationnelle, c'est-à-dire par rapport *aux autres*. Mais, c'est évident qu'avant la *relation* il y a une *réalité* : du point de vue ontologique-réel l'embryon est déjà une personne "actuelle" : il est un "individu de nature raisonnable", il appartient déjà à l'espèce humaine (Cf. Alain Sériaux, "La procréation artificielle sans artifices : illicéité et responsabilités", D. 1988, Chron. p. 201).

(16) Cf. Jean Rostand, *L'aventure humaine*, 2ème éd., Paris, Fasquelle, 1968, p. 46 ; Jérôme Lejeune, "Témoignage devant la Commission du Sénat des États-Unis sur la séparation des pouvoirs", "Revue de la Recherche Juridique", 1985-1, p. 123 ; "Accepter le fait qu'après la fécondation un nouvel humain est parvenu à l'être n'est plus une question de goût ou d'opinion. La nature humaine de l'être humain, depuis la conception jusqu'à la vieillesse, n'est pas une hypothèse métaphysique, mais bien une évidence expérimentale".

(17) V. deux récents exemples du réductionnisme scientifique qui conduit à retarder dans le temps le respect dû à l'embryon humain : Richard Lavenham Gardner, "Le destin des cellules dans l'embryon", "La Recherche", décembre 1990, p. 1476 ; J. Korein, "Ontogenesis of the Fetal Nervous System : The Onset of Brain Life", "Transplantation Proceedings", 3-1990, p. 982.

(18) Jean-Marc Trigeaud, op. cit., p. 205.

(19) Cf. Catherine Labrusse-Riou, "La procréation artificielle : questions de droit ?", "Projet", 1985, n° 195, p. 120 ; Jean-Marc Trigeaud, *Essais de philosophie du droit*, Genova, Studio Editoria di Cultura, 1987, p. 203 et s.

(20) Julian Marias, *El tema del hombre*, 4ème éd., Madrid, Espasa-Calpe, 1968, p. 14. Cet auteur remarque que le dualisme cartésien a comme antécédent dans l'Antiquité le dualisme platonicien : pour Platon le corps est en relation à l'homme comme l'instrument à l'artiste, comme la nef au pilote.

chose que la personne *est*, mais quelque chose que la personne *a*, c'est un simple instrument au service des "valeurs rationnelles". La réalité corporelle de l'homme et tout ce que cela implique -sa vie, sa santé, sa maladie, sa condition mortelle- deviennent des questions purement techniques. La dimension corporelle de l'homme est ainsi réduite à la catégorie des *choses*, c'est-à-dire, des purs matériaux soumis à des critères d'efficacité et d'utilité (21).

Le réductionnisme spiritualiste se trouve en quelque sorte dans la racine des manipulations qui menacent actuellement l'homme dès le premier instant de son existence. *C'est que l'identification de la conscience avec la personne humaine amène à conclure que s'il n'y a pas d'auto-conscience, il n'y a pas de personne.*

Ce dualisme anthropologique, qui implique un oubli de ce qu'est l'homme, conduit certains (22) à s'interroger : Ne faudrait-il pas énoncer de nouveau la question de l'homme dans sa réalité intégrale et unitaire ? Ne faudrait-il pas réunir à nouveau dans une unité supérieure toutes les connaissances partielles sur l'homme (23) ?

## II - POUR UNE "RE-PERSONNALISATION" DU DROIT

La clé pour trouver une solution au conflit entre la science et les droits de l'homme, qui se pose avec toute sa crudité dans le domaine biomédical passe à notre avis par un approfondissement du concept de "dignité humaine". Et à cette fin, il faut faire resurgir la distinction classique entre personnes et choses (A). Alors seulement sera possible la défense de la personne (B).

### A - LE PRINCIPE JURIDIQUE DE DISTINCTION PERSONNES-CHOSSES

Le système juridique occidental repose sur le principe de la distinction entre personnes et choses, qui suppose une incompatibilité radicale entre les deux concepts. Cela constitue une garantie essentielle du respect de la personne humaine. Même dans le droit romain -qui admettait l'esclavage- on trouve ce principe du droit : "Tout droit dont nous usons se rattache soit aux personnes, soit aux choses, soit aux mises en scène des procès" (Institutes de Justinien, 1.3.) (24). L'évolution postérieure du droit, humanisé grâce à l'influence du christianisme a marqué cette différence en interdisant l'esclavage, et en éliminant graduellement toutes les situations contraires à la dignité

(21) Modesto Santos, "Technological Possibilities and The Dignity of Human Life", "Persona y Derecho", Universidad de Navarra, 17-1987, p. 231.

(22) Julian Marias, *op. cit.*, p. 15.

(23) Dans une vision unitaire de la personne, comme celle d'Aristote et de saint Thomas d'Aquin, l'âme ne fait pas que *mouvoir* un corps, elle fait d'abord qu'il y en *ait* un. C'est-à-dire, âme et corps ne sont pas deux "substances", mais deux co-principes d'une même substance : la personne. C'est l'âme, en tant que principe de vie, qui fait exister le corps comme tel.

(24) La situation de l'esclavage était particulièrement complexe, ce qui tourne difficile à affirmer qu'il était une simple "chose". Le mot qui définissait de la meilleure façon son statut était celui de "homo", plus que celui de "res". En fait, on lui reconnaissait l'aptitude pour certains actes : il pouvait avoir un patrimoine limité (le *peculium*), il pouvait se marier naturellement (*contubernium*), etc. On doit remarquer aussi que malgré l'étendue du droit du maître sur l'esclave, le droit romain emploie le terme "potestas" (puissance), de préférence à "dominium" (propriété), qui désigne les droits sur les choses et les animaux.

humaine. En effet, notre système juridique fonctionne sur fond de refoulement des phénomènes qui supposent une réification du sujet humain (25).

Ce principe essentiel est admis de manière implicite par la loi, la doctrine et la jurisprudence. En ce sens est symptomatique le fait que les auteurs ne font pas expressément référence à lui. Un simple examen des traités généraux de droit civil permet de le constater : on parle de ces deux grandes catégories juridiques -les personnes et les choses- séparément sans expliciter pourquoi, et la raison est que l'on considère qu'il n'y a rien à expliquer, que cette distinction est une condition même du système juridique. C'est l'existence même du droit en tant qu'ordre entre personnes qui est en jeu dans le respect de ce principe. L'expérience juridique laisse entendre "qu'il n'existe pas de distance comparable à celle qui sépare un homme d'un objet inanimé" (26).

Ces objets -les choses- sont des matériaux impersonnels et corporels qui appartient à la nature maîtrisable, selon le critère commun. On peut dire qu'une de leurs caractéristiques, dans laquelle on voit le plus nettement leur différence avec les personnes est celle d'*utilité*. Les choses sont les objets susceptibles d'être *utilisés* ou appréhendés par le sujet afin de satisfaire avec elles ses besoins personnels. A l'inverse, on ne peut pas parler d'utilisation ou d'appropriation d'une personne.

On définit la "chose", comme on voit, par *exclusion* : elle est tout ce qui, *sans être une personne* (27), est corporel, perceptible par les sens et utilisable. On exclut donc la personne parce qu'elle est justement celle qui peut les utiliser, et cette utilisation ne peut porter sur une autre personne. Il n'y a donc pas de catégories intermédiaires (sujets avec une "personnalité relative"), puisque c'est la distinction même qui court le risque de disparaître par ce moyen. La création de cette nouvelle "classe sociale" permettrait demain d'y inclure tous ceux qui ne sont pas "utiles" pour la société (les vieillards, les malades, etc.). À notre avis, la personne "est" ou "n'est pas", et si elle "est", elle a les droits qui lui correspondent. Il ne peut donc pas exister, dans l'état actuel de notre civilisation, de personnes *suis generis* privées des droits fondamentaux, spécialement du droit à la vie (28). La personne est par définition titulaire du droit à la vie, sans lequel elle n'aurait aucun droit et deviendrait automatiquement une simple "chose". Nous ne pouvons pas effacer la ligne séparatrice entre personnes et choses sans tomber nous-mêmes dans l'effondrement du néant.

L'ordre juridique suppose par conséquent une séparation absolue entre les concepts de "personne" et de "chose" : la personne est le "sujet" des rela-

(25) Pierre Legendre, *L'inestimable objet de la transmission. Étude sur le principe généalogique en Occident*, Fayard, 1985, p. 26.

(26) Aurel David, *Structure de la personne humaine. Limite actuelle entre la personne et la chose*, Paris, P.U.F., 1955, p. 3. Néanmoins, la position de cet auteur est affectée d'un certain dualisme : "le corps humain est une machine matérielle fongible et cessible, pourvu que l'on sache détacher l'organe cédé sans meurtrir le corps du vivant" : "le fait qu'un organe puisse être arraché prouve qu'il est une richesse de la personne, et non la personne elle-même" (*Matière, machines, personnes*, Paris, Bordas, 1973, p. 25/30).

(27) Henri, Léon et Jean Mazeaud, *Leçons de droit civil*, t. 1er, 1er vol., 9ème éd. par François Chabas, Paris, Montchrestien, 1989, n° 173, p. 242 ; René Dekkers, *Précis de droit civil belge*, t. 1, Bruxelles, Bruylant, 1954, p. 443, n° 717.

(28) Contra : Jean-Louis Baudouin - Catherine Labrusse-Riou, *Produire l'homme, de quel droit ?*, Paris, P.U.F., 1987, p. 205, qui proposent l'admission d'une "personnalité limitée" pour l'embryon, qui n'impliquerait pas pour lui la reconnaissance d'un droit à la vie, ni aucun devoir pour le médecin de le réimplanter.

tions juridiques, la chose n'est que "l'objet". Il ne peut y avoir des droits réels que sur des choses, jamais sur des personnes. Traiter une personne comme une chose impliquerait la possibilité de la posséder, de disposer d'elle, et enfin de la détruire. En ce sens on affirme que "l'interdiction de tuer l'homme est le point culminant de l'interdiction de le traiter comme une chose" (29).

Pouvons-nous abandonner la *summa divisio* entre personnes et choses sans autre considération ? À notre avis, ce n'est pas tellement facile. Tout l'ordre juridique occidental, avec son système de garanties des droits individuels qui a coûté tant de siècles à construire tomberait de son piédestal si on faisait fi de cette différenciation radicale. Cela supposerait une régression vers l'époque où il y avait des hommes qui étaient "personnes" et des hommes qui étaient dans une situation très proche de celle des choses (les esclaves).

La considération de ce que tout être humain, par le seul fait d'appartenir à l'espèce humaine, a la qualité de personne constitue une conquête des systèmes juridiques civilisés et devrait être mis hors de discussion. "La dignité, le bonheur et, en définitive, la subsistance même de l'humanité dépendent de ce que cela ne soit pas discuté. Si cela est mis en question, tout tombe dans la barbarie" (30).

C'est le traditionnel conflit entre les systèmes "personnalistes" et "transpersonnalistes" (31) qui vient à se poser ici.

Pour le "personnalisme", toutes les institutions politiques, juridiques et culturelles ne sont que moyens au service de l'homme. Celui-ci est le fondement de toute la structure sociale. L'homme est ici considéré en tant qu'homme-personne, homme-valeur, homme-fin, et pourtant non utilisable en fonction des fins extrapersonnelles.

Le "transpersonnalisme", par contre, suppose que l'individu n'est qu'une simple roue dans l'engrenage social. C'est un objet de nulle importance en soi. Il ne constitue que l'instrument au service des réalisations supérieures (l'État, la Science, la Race, etc.). Il s'agit d'une conception utilitariste de l'individu humain, qui est vu en tant qu'homme-chose, homme-masse, homme-instrument (32).

On ne peut pas éviter le choix entre ces deux perspectives. On doit opter pour l'une ou l'autre, parce qu'il n'existe pas de solutions intermédiaires. Et tous les conflits entre le développement de la science et les droits de la personne se résolvent dans un sens ou dans l'autre. La solution finale dépend de l'idée de fond que l'ordre juridique se fera de l'essence de l'homme et sa dignité.

(29) Romano Guardini, *Preocupacion por el hombre (Sorge Um dem Menschen)*, Madrid, Ed. Cristiandad, 1965, p. 180.

(30) Ibid.

(31) Cette opposition a été développée par Luis Recasens Siches dans : Giorgio Del Vecchio, *Filosofia del Derecho*, 2ème éd., t. II, Barcelona, Bosch, 1935, p. 195/223. On doit remarquer que le terme "personnalisme" ici employé ne coïncide pas nécessairement avec le sens qui lui a été donné dans la philosophie française par Mounier.

(32) Ferrando Mantovani, "Diritto penale et tecnica biomedica moderna", "L'indice Penale", 1988-1, p. 14.

## B - LA DÉFENSE DE LA PERSONNE

Les nouvelles situations de danger pour la dignité humaine ouvertes par les technologies de procréation extra-utérine exigent l'urgente intervention du législateur. Celui-ci devra adapter les règles de droit afin que la loi continue à accomplir sa mission de protection des droits individuels. À cet effet, le droit doit maintenir son caractère *personnaliste*. Encore plus, il est tenu de se "re-personnaliser", c'est-à-dire, de renforcer les moyens de défense prévu pour la protection des hommes. Et cette protection ne peut que commencer dès le premier instant d'existence de chaque vie humaine, car si elle n'est pas respectée dès ce moment-là, il n'y a pas des raisons logiques pour la respecter après (33).

Ce personnalisme que nous proposons doit être réaliste ou... ne sera pas. "Réaliste" veut dire qu'il doit partir de la considération des *faits*, de ce qui existe dans la réalité pour déterminer ce qui est juste et ce qui ne l'est pas. C'est l'abandon de la réalité qui fait tomber les hommes dans l'arbitraire du relativisme, en causant des injustices qui n'ont pas de limite, justement parce qu'il n'y a pas de limites dans le domaine de l'imaginaire. Le droit ne peut pas rompre avec l'ontologie, c'est-à-dire perdre son rapport avec le réel sans arriver à proposer des solutions franchement injustes.

Dans le cas de l'embryon, le *fait* est qu'il est vivant, qu'il appartient à l'espèce humaine, qu'il a son propre patrimoine génétique (humain), en somme, qu'il est un individu de nature raisonnable, une personne (34). Il mérite toute la protection de la part du droit, par le fait même d'exister en tant qu'être humain. L'addition d'autres circonstances, telles que la "conscience de soi", la "capacité de souffrance", "l'autonomie morale", etc. sont des adjonctions idéologiques au *factum* de la vie humaine. Celle-ci est un phénomène plus simple qu'on ne prétend : elle commence à exister, tout naturellement, dès la fécondation de l'ovule (35).

La protection de l'être humain dès le premier instant de son existence ne peut pas être négligée par le droit. Une loi spéciale sur le sujet s'impose. Mais l'objectif n'est pas d'édicter une loi pour le simple fait d'éviter le "vide légal", sans trop se préoccuper de son contenu (36). Il est évident que ce qui

---

(33) Il est vrai que ce n'est pas le rôle du droit de dire une ontologie, de définir la réalité. Mais dans certains cas il ne peut pas négliger le réel sans commettre des injustices surtout quand c'est la dignité humaine qui est en jeu. V. sur cette question un article fort intéressant de Anne Fagot-Largeault et Geneviève Delaisi de Parseval : "Les droits de l'embryon (fœtus) humain, et la notion de personne humaine potentielle", "Revue de Métaphysique et de Morale", n° 3, 1987, p. 361.

(34) La définition classique de "personne" est celle de Boèce : "la substance individuelle de nature raisonnable" (*natura rationalis individua substantia*). *De duabus naturis et une persona*, Pat. Lat. 64, col. 1343. Dans cette perspective, le concept de personne a une base *ontologique*, pas seulement *phénoménologique*. Il fait référence à la racine constitutive des actes et des structures qui caractérisent l'homme. On ne peut donc pas limiter l'attribution du titre de "personne" seulement au sujet qui explicite sa rationalité, il doit être reconnu à tout vivant qui appartient à la nature humaine.

(35) Est-ce un "dogmatisme" -comme certains disent- que de vouloir protéger la vie humaine dès le commencement ? Peut-être si l'on considère que la défense de la dignité humaine en général est un "dogmatisme", au sens qu'elle doit être respectée de manière *inconditionnelle*.

(36) Comme semble le proposer un auteur, qui reconnaît que la limite de sept jours posé par l'avant-projet Braibant pour commencer à respecter l'embryon est arbitraire. "Mais, dit-il, ce qui est important, c'est qu'elle introduit une limite..." (Philippe Pedrot, "Le statut juridique de l'embryon et du fœtus humain en droit comparé", J.C.P. 1991-3483).

est le plus important, c'est le contenu. Il ne s'agit pas d'une question purement formelle, mais substantielle. Il faut que la réponse de la loi soit vraiment respectueuse de la vie humaine. Autrement, on va sortir de l'arbitraire des scientifiques pour tomber dans un autre beaucoup plus grave : l'arbitraire légalisé.

Le but n'est donc pas "d'adapter" le droit aux nouvelles technologies de la reproduction, ce qui conduirait à aggraver le problème de la manipulation de la vie. L'ordre juridique se trouve à un niveau différent de celui de la sociologie. Il n'est pas un "outil technique d'ingénierie sociale à la solde d'une évolution des mœurs ou des pratiques auxquelles il devrait inéluctablement se plier pour satisfaire tous les intérêts ou désirs particuliers. Le droit, par essence, est d'abord instance de jugement sur les faits" (37).

Si l'on prend un point de vue historique, on peut constater que l'ordre juridique a toujours cherché à compenser les déséquilibres sociaux là où ils se présentaient. Les abus provoqués au XIX<sup>ème</sup> siècle par la révolution industrielle, ont poussé le droit à établir des normes pour protéger l'ouvrier. Dans les dernières années du XX<sup>ème</sup> siècle, le sujet faible à protéger à cause de la "révolution procréatique" est sans aucun doute l'embryon humain.

Il est vrai que dans l'accomplissement de cette tâche, le législateur devra montrer une grande dose de sagesse pour trouver les solutions les plus adéquates, mais surtout il aura besoin d'une fine sensibilité éthique. Il devra partir de la ferme conviction que les droits des hommes, même des plus petits (surtout !) ne sont pas négociables, que la science n'est pas une fin en soi, mais un moyen au service de la personne. Le droit doit de cette façon retrouver sa propre identité dans la défense de la liberté, et en même temps canaliser l'activité scientifique vers le bien de tous les hommes, sans aucune exception.

## CONCLUSION

1. Le développement de certaines biotechnologies, comme la fécondation extra-utérine, suppose un grave problème de "chosification" des embryons humains qui sont produits, et ensuite manipulés, congelés, et même détruits s'ils ne satisfont pas les exigences de qualité des techniciens et des demandeurs. Ceci est particulièrement grave si l'on considère que ces embryons sont des individus vivants appartenant à l'espèce humaine, c'est-à-dire des *personnes*, au sens classique du terme.

2. Le système juridique repose sur la base de la distinction radicale personnes-choses, qui est une condition *sine qua non*, non seulement de l'existence même du système, mais du respect dû à la personne humaine. Il serait convenable que cette distinction soit explicitement reconnue par la loi à travers l'interdiction de toutes les formes de férication de l'humain. En même temps, les pouvoirs politiques devraient encourager les recherches des solutions alternatives au problème de la stérilité, qui ne soient pas attentatoires à la dignité humaine.

---

(37) Catherine Labrusse-Riou, "Les procréations artificielles : un défi pour le droit", in *Éthique médicale et droits de l'homme*, Paris, Actes Sud-Inserm, 1988, p. 67.

R.R.J. 1992-1  
Pages 23 à 96

- II -

**DROIT CONSTITUTIONNEL**



# COMMENTAIRE DE LA DÉCISION DU CONSEIL CONSTITUTIONNEL N° 91-294 DC DU 25 JUILLET 1991

## LOI AUTORISANT L'APPROBATION DE LA CONVENTION D'APPLICATION DE L'ACCORD DE SCHENGEN DU 14 JUIN 1985

*relatif à la suppression graduelle des contrôles aux frontières communes (\*)*

Par

Patrick GAÏA

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

En déclarant non contraire à la Constitution la loi autorisant l'approbation de la convention d'application de l'accord de Schengen, le Conseil constitutionnel a rendu une décision, certes attendue, mais sans surprise.

Attendue, la décision n° 91-294 DC du 25 juillet 1991 l'était assurément. Elle est d'ailleurs la plus longue (63 considérants) qui ait jamais été rendue par la Haute juridiction constitutionnelle relativement au contrôle d'un engagement international en voie d'introduction dans l'ordre juridique interne. Le fait est que, confronté aux moyens extrêmement nombreux et argumentés soulevés par les auteurs de la saisine, le Conseil constitutionnel s'est appliqué de son côté à y répondre point par point au terme d'une argumentation aussi serrée que méticuleuse.

Pour autant, la décision rendue est sans surprise aussi bien dans sa motivation au fond que dans son résultat. Elle se situe globalement dans le droit fil d'une jurisprudence qui, inaugurée en 1970 (1) s'est progressivement développée après 1975 puis stabilisée au cours de la décennie suivante (2) Elle n'en comporte pas moins nombre d'enseignements qui retiendront

---

(\*) Décision n° 91-294, cf. p. 45

(1) Décision n° 70-39 DC du 19 juin 1970, *Rec.*, p. 15 ; *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel* (ci-après *G.D.*), 1ère ed. 1975, n° 23, p. 257.

(2) *V. G.D.* 6e ed., 1991, n° 25 p. 33.

l'attention des observateurs car il s'en dégage tout à la fois la confirmation de principes et de solutions maintes fois appliquées auparavant ainsi que d'importantes précisions touchant aux normes de référence utilisées par le juge, l'ensemble débouchant sur un nouvel et salubre affinement de la "doctrine" du juge constitutionnel français en la matière.

On ne s'étonnera pas non plus de constater qu'une fois de plus, c'est à propos de la construction européenne que le Conseil constitutionnel a été saisi de l'examen de la compatibilité d'un engagement international avec les dispositions de la Constitution. La vocation "intégrationniste" de la construction communautaire est en effet de celle qui vient fréquemment buter sur un des "verrous" constitutionnels les plus solidement ancrés dans notre tradition juridique, celui du principe de la souveraineté nationale envisagé sous ses différents aspects.

Si le Conseil constitutionnel avait dans le passé, non sans formuler à l'occasion certaines réserves, donné son aval à nombre d'avancées décisives de la construction européenne (3), il était loin d'être évident *a priori* qu'il en fasse de même à l'égard de ce qu'il est désormais convenu d'appeler les «accords de Schengen».

La création de «l'espace Schengen» est issue d'un long processus qui a débuté en juin 1984 et qui a abouti en 1985, dans un premier temps, puis en 1990, dans un second temps, à l'adoption d'un accord cadre puis d'une convention d'application (4). Le 14 juin 1985 tout d'abord, cinq États membres des Communautés européennes (Belgique, France, Luxembourg, Pays-Bas et République Fédérale d'Allemagne) signent l'accord de Schengen relatif à la suppression graduelle des contrôles aux frontières communes. Au terme de cet accord de principe (5), les États signataires s'engagent «à supprimer les contrôles aux frontières communes et à les transférer à leurs frontières externes» (art. 17). Dans cette perspective (qui reste à long terme), ils s'engagent également d'une part, à faciliter immédiatement et autant que possible le franchissement de leurs frontières internes (art. 2 et s.), d'autre part à renforcer leur coopération en vue de prendre les mesures d'accompagnement appropriées (art. 6 et s.).

Le 19 juin 1990 ensuite, a été signée la convention d'application de l'accord de Schengen. Ce très long document (142 articles au total auxquels il

(3) Parmi les décisions les plus importantes rendues à ce propos par le Conseil constitutionnel, on rappellera celles qui, dans le cadre des Communautés européennes, ont rendu possible l'association de la France à la création d'un système de ressources communautaires propres ainsi que l'accroissement des compétences budgétaires du Parlement européen (décision n° 70-39 DC du 19 juin 1970, précitée, l'élection de ce même Parlement au suffrage universel direct (décision n° 76-71 DC des 29 et 30 décembre 1976, *Rec.*, p. 15 ; *GD*, 6e ed., n° 25, p. 331), la reconnaissance tant de l'applicabilité directe que de la primauté des règlements communautaires dans et sur l'ordre juridique interne (décisions n° 77-89 DC et n° 77-90 DC du 30 décembre 1977, *Rec.* p. 46 et p. 44), la reconnaissance de la validité des conditions afférentes à la transposition en droit interne de la VIe directive CEE relative à l'assiette de la TVA (décision n° 80-126 DC du 30 décembre 1980, *Rec.*, p. 53) ; c'est également dans le cadre élargi du Conseil de l'Europe que le Conseil constitutionnel a marqué son accord au principe de la suppression de la peine de mort imposée par le Protocole n° 6 additionnel à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (décision n° 85-188 DC du 22 mai 1985, *Rec.*, p. 15).

(4) Pour une étude d'ensemble, nous renvoyons à l'article de P. Weckel, «La convention additionnelle à l'accord de Schengen», *R.G.D.I.P.*, 1991, pp. 405-437 ; v. aussi B. Néel, "L'Europe sans frontières : l'accord de Schengen", *A.J.D.A.*, 1991, pp. 659-679.

(5) Le texte intégral en a été publié au *J.O.*, Lois et décrets du 5 août 1986, p. 9612.

convient d'ajouter un acte final, un procès verbal complémentaire ainsi qu'une déclaration commune des ministres et secrétaires d'États réunis à Schengen le 19 juin 1990), détermine avec précision les modalités d'application de l'accord initial de 1985. Concrètement, les États parties au «système Schengen» (6) ont poursuivi un triple objectif :

- 1) Organiser par la voie de mesures concrètes, la suppression des contrôles aux frontières communes afin de rendre totalement libre la circulation des personnes (mais aussi des marchandises) dans le nouvel «espace Schengen» ;
- 2) Concilier cette liberté avec le maintien de la sécurité des personnes ; conformément à cet objectif, un certain nombre de mesures d'accompagnement sont prévues qui touchent aussi bien au renforcement des contrôles aux frontières extérieures qu'à celui de la coopération entre les systèmes judiciaires, les polices et les différents services administratifs intéressés, sans oublier l'harmonisation progressive de certaines politiques telles que celles relatives à la délivrance des visas, ainsi qu'une coopération ordonnée en ce qui concerne le traitement des demandes d'asile ;
- 3) Inscrire clairement le «système Schengen» dans le prolongement des traités instituant les Communautés européennes ainsi que de «l'Acte unique européen», «l'espace Schengen» devant en quelque sorte servir de laboratoire d'essai précédant la mise en œuvre du marché intérieur prévu à l'horizon 1993.

À n'en pas douter, les objectifs ainsi tracés et l'ensemble des mesures correspondantes devaient être conçus comme un étape capitale dans la lente édification d'une Communauté toujours plus intégrée ; et c'est d'ailleurs ainsi que l'ont compris les détracteurs de ce projet qui, au moment précis où s'engageait devant le Parlement la discussion sur le projet de loi autorisant l'approbation de la convention d'application, firent valoir d'emblée une série de critiques tendant à démontrer que cet engagement international était contraire à la Constitution (7).

Il n'est donc pas surprenant dans ces conditions qu'au lendemain même de son adoption définitive en première lecture par l'Assemblée nationale et par le Sénat, il se trouva, rassemblés sous la conduite de Pierre Mazeaud, 64 députés de l'opposition pour saisir le Conseil constitutionnel aux fins d'examen de la conformité à la Constitution de la loi d'autorisation d'approbation et, au travers elle, de celle de la convention d'application de l'accord de Schengen.

Saisi le 28 juin 1991, le Conseil constitutionnel a rendu sa décision le 25 juillet suivant estimant que la loi autorisant l'approbation de la conven-

---

(6) Ils sont désormais au nombre de six, l'Italie ayant adhéré tant à l'accord de Schengen qu'à sa convention d'application ; des négociations sont en cours avec l'Espagne et le Portugal. Huit des douze membres de la CEE devraient donc être prochainement parties aux accords Schengen.

(7) À l'Assemblée nationale comme au Sénat, une exception d'irrecevabilité fut déposée en ce sens ; défendue respectivement par le député R.P.R. P. Mazeaud et le sénateur communiste Ch. Lederman, ces deux exceptions furent finalement rejetées par 321 voix contre 18 à l'Assemblée nationale et 213 voix contre 17 au Sénat (Voir *J.O. Débats AN*, 1ère séance du 3 juin 1991, pp. 2662 et s. ; *J.O. Débats, Sénat*, séance du 27 juin 1991, pp. 2196 et s.). En définitive, le projet de loi franchit sans encombre le cap de l'autorisation parlementaire puisqu'il fut adopté successivement par les deux assemblées à une très forte majorité (495 voix contre 61 à l'Assemblée nationale et 226 voix contre 78 au Sénat).

tion d'application de l'accord de Schengen n'était pas contraire à la Constitution.

Sur le fond, c'est à l'évidence ce résultat qui importe le plus et on ne manquera donc pas de mettre en lumière les apports essentiels de l'argumentation qui a permis d'y aboutir (II).

Pour autant, la décision n° 91-294 DC n'est pas dépourvue d'intérêt en ce qui concerne les aspects strictement formels et procéduraux du contrôle exercé à cette occasion par le juge constitutionnel (I).

I - *Sur le plan formel et procédural*, tout d'abord, la présente décision confirme largement les acquis fondamentaux issus de la jurisprudence antérieure. Ceux-ci touchent tout à la fois les conditions de la saisine du Conseil constitutionnel, la conception largement entendue qu'il se fait de sa propre compétence, sans oublier la possibilité qu'il s'est reconnue de procéder d'office à l'examen de conclusions absentes de la saisine initiale .

A - Les conditions dans lesquelles le Conseil constitutionnel a été saisi à l'occasion de cette affaire, font tout d'abord ressortir que la procédure de l'article 61, alinéa 2 de la Constitution constitue le cadre désormais privilégié du contrôle exercé en la matière par le juge constitutionnel. Ce n'est pas ce que les constituants de 1958 avaient pourtant envisagé au départ qui, bien au contraire, avaient mis au point un mécanisme spécifique de contrôle (l'article 54), basé sur la possibilité pour les seules autorités de saisine agissant à titre individuel de déférer directement au juge un engagement international non encore autorisé à ratification ou à approbation.

L'élargissement de la saisine aux parlementaires, une fois réalisée la réforme constitutionnelle du 29 octobre 1974, allait complètement bouleverser les données du problème. Certes, l'article 54 était curieusement resté à l'écart du processus de réforme, seul l'article 61, alinéas 2 et 3 ayant fait l'objet d'une révision. Mais le Conseil constitutionnel s'appliqua, à la première occasion, à réparer en quelque sorte l'oubli des constituants de 1974 : il estima, contrairement d'ailleurs à une partie de la doctrine (8), que, saisi sur la base de l'article 61, alinéa 2, de l'examen de la conformité à la Constitution d'une loi portant autorisation de ratification ou d'approbation d'un engagement international, il pouvait entreprendre également, à cette occasion, un contrôle portant sur le traité ou l'accord international intéressé (9-).

Par la suite, c'est pratiquement sur ce seul fondement et à l'initiative des seuls parlementaires que le contrôle des engagements internationaux en voie d'introduction dans l'ordre juridique national s'est effectué : alors que l'article 54 de la Constitution n'a fait l'objet que de trois applications en un

(8) V. par ex. Ch. Rousseau, «La Constitution de 1958 et les traités internationaux», *Mélanges Basdevant*, p. 463 et s.

(9) La solution clairement entrevue dès la décision n° 76-71 DC des 29-30 déc. 1976 allait recevoir une première application effective avec la décision n° 78-93 DC du 29 avril 1978 (*Rec.* p. 23) et une confirmation éclatante avec celle du 17 juillet 1980 (n° 80-116 DC, *Rec.* p. 36) affaire dans laquelle le Conseil constitutionnel accepta de statuer au fond alors que les députés communistes de l'époque, agissant sur le fondement de l'article 61, alinéa 2 de la Constitution, l'avaient directement saisi du texte même de l'engagement international contesté sans faire le moindre cas de la loi d'autorisation de ratification qui en constituait le support.

peu plus de trente ans (10), l'article 61, alinéa 2 couvre à lui seul, et ce, depuis l'entrée en vigueur de la réforme constitutionnelle de 1974, près d'une quinzaine de cas d'application dans ce domaine précis.

L'affaire qui a donné lieu à la présente décision est en définitive particulièrement significative au regard de la pratique ainsi observée : dans les trois cas où l'article 54 de la Constitution a été mis en œuvre, il s'est avéré que le Premier ministre comme le Président de la République ont pratiquement été contraints par le jeu des circonstances à prendre l'initiative d'une saisine (11). Or, en l'espèce, si la suggestion pressante d'en appeler au Conseil constitutionnel a bel et bien été formulée par P. Mazeaud à l'adresse du Premier ministre (et du Président de l'Assemblée nationale d'ailleurs) (12), cette invitation n'a pas eu de suite, si bien que face à ce consensus tacite en faveur de la non-saisine observée par les « quatre grandes autorités » de saisine, force a été pour les parlementaires de faire usage de la seule voie de contrôle qui s'offrait à eux : l'article 61, alinéa 2 de la Constitution précisément.

Alors qu'au départ, l'article 54 a sans doute été conçu par les constituants comme la seule voie de recours possible dans le domaine du contrôle de constitutionnalité des engagements internationaux, alors qu'après 1974 il aurait pu demeurer la voie de saisine de droit commun l'article 61, alinéa 2, ne devant être utilisé que comme « un moyen de rattrapage » et donc, comme une procédure complémentaire voire subsidiaire, c'est à une situation radicalement inverse à laquelle on a abouti aujourd'hui : l'article 61, alinéa 2, est devenu la voie de contrôle de droit commun, l'article 54 s'analysant davantage comme une procédure d'exception.

B - Le Conseil constitutionnel a imposé, dès l'origine, une conception particulièrement large et audacieuse de sa compétence dans le domaine du contrôle entrepris sur les engagements internationaux en voie d'insertion dans l'ordre juridique national. Cela s'est vérifié quel que soit par ailleurs le fondement procédural de sa saisine (article 54 ou 61, alinéa 2 de la Constitution). Dans le cadre de l'article 54, la notion d'engagement international a été conçue de manière à englober au-delà des engagements à caractère conventionnel, nombre d'actes *sui generis* édictés sur le fondement de traités de base. C'est ainsi que le Conseil constitutionnel a formellement qualifié d'engagement international, acceptant par là-même d'en connaître au fond, les décisions du conseil des ministres des Communautés européennes (13) ou encore l'"Acte" annexé à une décision du Conseil des Communautés européennes (14). Il n'en a pas été autrement dès lors que le Conseil constitutionnel a été appelé à statuer sur le fondement de l'article 61, alinéa 2 de la Constitution. Il semble même que c'est dans ce cadre précis qu'on a pu assister à l'élargissement le plus spectaculaire de sa compétence. Outre que la notion d'engagement inter-

(10) Décisions n° 70-39 DC du 19 juin 1970 ; n° 76-71 DC des 29-30 décembre 1976 ; n° 85-188 DC du 22 mai 1985 précitées.

(11) En ce sens, v. L. Favoreu, *AFDI*, 1985, p. 870.

(12) V. *J.O.*, Débats AN, 1ère séance du 3 juin 1991, p. 2662 ; V. ég. intervention J. Larche, *J.O.*, Débats Sénat, séance du 27 juin 1991, p. 2194.

(13) Décision n° 70-39 DC du 19 juin 1970, précitée.

(14) Décision n° 76-71 DC des 29-30 décembre 1976, précitée.

national y est confirmée dans son approche extrêmement large (15), le contrôle exercé par le juge constitutionnel sur les lois d'application d'engagements internationaux en vigueur lui a fourni à maintes reprises l'occasion de se prononcer sur nombre d'aspects essentiels de la procédure d'insertion des engagements internationaux en droit interne et, au-delà, sur les conséquences à en tirer relativement à l'efficacité normative des actes (y compris unilatéraux) pris sur leur fondement (16).

La présente décision marque un pas de plus dans ce processus. Le Conseil constitutionnel, saisi de «la loi autorisant l'approbation de la convention d'application de l'accord de Schengen» n'a pas, loin s'en faut, limité son contrôle à la seule convention *stricto sensu* c'est-à-dire aux 142 articles qui en constituent le corps principal. À cet égard, il ressort clairement des tous premiers considérants de sa décision que le juge constitutionnel a manifesté son intention d'appréhender l'engagement international qui lui était déféré dans sa globalité c'est-à-dire à travers l'ensemble des éléments, et spécialement, des documents qui le composent. Le Conseil constitutionnel prend ainsi grand soin de relever (2<sup>e</sup> considérant) que «l'engagement international dont le Parlement a par la loi déferée, autorisé l'approbation comporte huit titres, un acte final, un procès-verbal complémentaire et une déclaration commune des autorités réunies à Schengen le 19 juin 1990» et «qu'ont été également portées à la connaissance du Parlement des déclarations du gouvernement de la République française» (relative notamment à la définition des modalités de la poursuite transfrontalière). En indiquant ainsi que l'engagement international examiné comportait non seulement la convention d'application elle-même, mais également l'intégralité des textes qui lui sont annexés, le Conseil constitutionnel a aussi voulu situer d'emblée son examen au fond de la convention proprement dite, en tenant compte de l'éclairage résultant des multiples déclarations interprétatives qui l'accompagnent. C'est le cas en particulier s'agissant des dispositions relatives aux conditions de recours à la procédure de poursuite transfrontalière qui ont précisément fait l'objet d'une déclaration du gouvernement français définissant ses modalités d'exercice. Le Conseil constitutionnel prend à cet égard bien soin de noter que cette déclaration «est un élément qui doit être pris en compte pour

(15) Tel a été par exemple le cas dans l'affaire de l'augmentation de la quote part de la France au FMI dans laquelle, et au-delà de l'examen de la loi qui autorisait le gouvernement à entreprendre cette opération, étaient en cause deux "résolutions" du Conseil des gouverneurs du Fonds (décision n° 78-93 DC du 29 avril 1978, précitée).

(16) Initié la plupart du temps à l'occasion de l'examen de la conformité à la Constitution des lois de finances, ce contrôle a notamment conduit le Conseil constitutionnel à vérifier si les conditions d'introduction d'un accord international en droit interne pouvaient être considérées comme régulières, spécialement en ce qui regarde le respect des compétences d'autorisation du parlement telles qu'elles sont prévues et imposées par l'article 53, alinéa 1<sup>er</sup> de la Constitution (Décision n° 75-60 DC du 30 décembre 1975, *Rec.*, p. 28) ; c'est également dans le cadre du contrôle exercé sur les lois de finances que le Conseil constitutionnel a eu l'occasion de se prononcer sur la portée normative en droit interne des règlements et directives arrêtés par les instances communautaires (voir à ce propos les décisions n° 77-89 DC et n° 77-90 DC du 30 décembre 1977, n° 80-126 DC du 30 décembre 1980 précitées). Tout récemment enfin, le Conseil constitutionnel a été invité à se prononcer sur la conformité à la Constitution de la loi portant diverses dispositions relatives à la fonction publique et qui procède à l'adaptation de la législation française aux exigences communautaires en matière d'accès à la fonction publique des ressortissants communautaires (Décision n° 91-293 DC du 23 juillet 1991, *J.O.*, Lois et décrets, 25 juillet 1991, p. 9854).

l'appréciation de la conformité à la Constitution de l'article 41 de la convention» (considérant n° 36).

C - Le Conseil constitutionnel s'est enfin, en l'espèce, reconnu la possibilité de soulever d'office des conclusions qui ne figuraient pas dans la lettre de saisine des députés. Bien établie dans le contentieux de la constitutionnalité des autres actes normatifs fondamentaux, cette technique n'est pas inconnue non plus dans celui du contrôle des engagements internationaux. Dans la présente affaire cependant, l'examen d'office auquel s'est livré le Conseil constitutionnel n'est pas réellement surprenant ; on est même enclin à penser qu'il pouvait difficilement en aller autrement si l'on considère que c'est dès le stade des travaux préparatoires du projet de loi d'autorisation que la question avait été abordée.

L'un des points les plus délicats de cette affaire touchait en effet à l'institution d'un «comité exécutif» chargé notamment de «veiller à l'application correcte de la présente convention» (article 131). Cette mission générale ainsi définie, ledit comité s'est vu par ailleurs attribué des compétences particulières assorties d'un pouvoir de décision correspondant (17). À vrai dire, ce n'est pas tant l'existence même de ce comité que les conditions d'exercice de son pouvoir de décision, exclusif notamment de tout contrôle juridictionnel, qui pouvait en la circonstance, engendrer des difficultés d'ordre constitutionnel. Bien que non évoquée par la lettre de saisine des députés de l'opposition, la question n'avait pas échappé au Conseil d'État qui, saisi pour avis sur le projet de loi d'autorisation, l'avait abordée de front. La mise en cause des pouvoirs du comité exécutif et, spécialement, de la portée juridique de ses décisions sur le territoire national avait par ailleurs fait figure de point d'orgue de l'argumentation présentée par Ch. Lederman au soutien de l'exception d'irrecevabilité qu'il avait déposée devant le Sénat (18). Les réserves exprimées à cet égard tant par le Conseil d'État que par la représentation nationale ne pouvaient de toute évidence laisser le Conseil constitutionnel indifférent. Reprenant pour l'essentiel l'argumentation développée par le Conseil d'État sur ce point (19), le Conseil constitutionnel considère pour sa part que «si la convention n'assujettit pas le comité exécutif à un contrôle juridictionnel, son institution comme la définition de ses attributions ne sont pas contraires à la Constitution dès lors qu'aucune stipulation de la convention ne confère aux décisions de ce comité un effet direct sur le territoire des parties contractantes» et de préciser que «les mesures prises par les autorités françaises à la suite des décisions dudit comité, seront elles-mêmes soumises au contrôle des juridictions françaises, dans le cadre de leurs compétences respectives».

Cette formulation appelle à ce stade de l'analyse, deux brèves remarques :

---

(17) Aux termes par exemple de l'article 8 de la convention d'application «le Comité exécutif prend les décisions nécessaires relatives aux modalités pratiques d'application du contrôle et de la surveillance des frontières». Voir également les articles 8, 12, 17 et 121.

(18) Voir *J.O.*, Débats Sénat, séance du 27 juin 1991, p. 2197.

(19) Le texte de cet avis en date du 2 mai 1991 a été communiqué aux parlementaires par le Ministre de l'intérieur ; son contenu figure dans le rapport de M. Michel Pezet établi au nom de la commission saisie pour avis sur le projet de loi d'autorisation ; Voir Documents parlementaires n° 2058 A.N., annexe au procès-verbal de la séance du 22 mai 1991, p. 23.

1°) Ce considérant témoigne d'un bel exemple de décision sous réserve d'interprétation neutralisante, technique dont le Conseil constitutionnel a souvent fait un usage remarqué dans le passé avant de délivrer son « laissez passer » à la conclusion définitive des engagements internationaux souscrits par la France ; cette formulation revient en l'espèce à dire qu'il importe peu qu'une institution nouvelle, dotée de compétences et de pouvoirs propres aussi larges soient-ils, ait été créée par les États signataires ; il n'importe pas davantage que les décisions arrêtées par cet organisme échappent en l'état actuel à tout contrôle juridictionnel. Il suffit, pour lever l'obstacle constitutionnel de considérer qu'aucune disposition du texte examiné ne peut être interprétée comme conférant effet direct aux décisions prises le cas échéant par ledit comité dans le cadre de ses compétences. L'interprétation neutralisante ainsi délivrée s'accompagne au demeurant, précaution supplémentaire, d'une triple constatation de la part du Conseil constitutionnel. 1) Chacun des États signataires dispose d'un siège au sein du comité exécutif ; 2) En toute hypothèse, les décisions prises doivent l'être à l'unanimité ; 3) Les décisions d'application prises à la suite de l'intervention du comité et qui le seront nécessairement par les autorités françaises pourront quant à elles, le cas échéant, faire l'objet d'un contrôle juridictionnel devant les juridictions nationales compétentes.

2°) La formulation suffisamment "englobante" adoptée par le Conseil constitutionnel à cet égard laisse clairement entrevoir qu'il pourrait aussi bien s'agir d'un contrôle porté devant le juge ordinaire que d'un contrôle qui, prenant place dans le cadre du contrôle de constitutionnalité de la loi, devrait nécessairement relever de sa propre compétence. Cette manière de verrouiller en quelque sorte le système n'est pas nouvelle : la décision n° 76-71 DC rendue dans l'affaire de l'élection de l'Assemblée des Communautés européennes au suffrage universel direct nous en avait déjà fourni l'illustration.

*II - Sur le fond ensuite*, la décision n° 91-294 DC retiendra l'attention à plus d'un titre. Il s'en dégage en effet quelques lignes de force que l'on se doit de mettre en lumière ici.

A - La présente décision confirme tout d'abord la place essentielle occupée par le principe de souveraineté nationale en tant que norme de référence dominante du contrôle au fond des engagements internationaux. L'argument tiré de l'atteinte portée par la convention d'application de l'accord de Schengen au principe de souveraineté nationale constituait d'ailleurs le corps principal de l'argumentation de la lettre de saisine des députés de l'opposition (20). La plupart des décisions rendues antérieurement par le Conseil constitutionnel en avaient également fait application et la présente affaire lui a donné l'opportunité d'en préciser davantage encore les différents contours ainsi que la portée.

1°) La motivation retenue en l'espèce fait en premier lieu, apparaître que la distinction fondamentale en la matière demeure bien celle que le Conseil constitutionnel avait établie en 1976 dans sa décision n° 76-71 DC entre

(20) On ne trouvera le texte intégral au *J.O.*, Lois et décrets, 27 juillet 1991, p. 10005.

limitations et transferts de souveraineté. Les premières sont autorisées à certaines conditions ; les seconds sont au contraire interdits sauf à procéder au préalable à une révision de la Constitution (21).

Au soutien de leur contestation de l'engagement international soumis à l'examen du Conseil constitutionnel, les auteurs de la saisine critiquaient sous cet angle deux dispositions principalement. La première figure à l'article 2, paragraphe 1 de la convention aux termes duquel «les frontières intérieures peuvent être franchies en tout lieu sans qu'un contrôle des personnes soit effectué» ; la seconde, aménage la procédure de poursuite transfrontalière dans le cas de flagrant délit de commission de certaines infractions en autorisant en particulier les agents d'une des parties contractantes à continuer la poursuite sans autorisation préalable sur le territoire d'une autre partie contractante (article 41).

Sur le premier point, les députés auteurs de la saisine estimaient que la disposition critiquée, «en ce qu'elle supprime tout contrôle des autorités françaises emporte nécessairement un transfert de souveraineté au profit de l'État dans lequel l'étranger sera admis». Le Conseil constitutionnel fait justice de cet argument en indiquant que si l'article 2 pose le principe du libre franchissement par les personnes des frontières communes, il prévoit des possibilités de dérogation pour des motifs d'ordre public ou de sécurité nationale tout en réservant expressément les compétences de chaque partie contractante.

Sur le second point, le transfert de souveraineté se trouvait pareillement établi dès l'instant où, selon les députés, l'accomplissement à l'intérieur du territoire national d'actes de police judiciaire était non seulement effectué «sans aucun droit de regard des autorités nationales» mais encore «sans limitation dans l'espace et dans le temps». Cette argumentation n'a pas davantage trouvé grâce aux yeux du Conseil constitutionnel qui, pour la rejeter au fond, se borne également à observer que la procédure de poursuite transfrontalière n'est ni générale ni discrétionnaire ; que bien au contraire, et en premier lieu, son champ d'application est restreint à des hypothèses précises et limitées, et qu'en second lieu, les modalités d'exercice en sont strictement définies, notamment en ce qui a trait aux pouvoirs reconnus dans ce cadre aux agents poursuivants.

À la suite de la décision n° 76-71 DC qui l'avait introduite en droit positif, la notion de transfert de souveraineté trouve ainsi dans la présente décision la confirmation de «l'image en négatif» qu'en a progressivement dessinée le juge constitutionnel et que la doctrine la plus autorisée a tenté de systématiser (22). Il y a transfert de souveraineté lorsque le contenu et l'exercice d'une compétence ainsi que les pouvoirs correspondants sont intégralement et définitivement attribués ou confiés sans restriction aucune à une autre autorité ou institution que celle qui en disposait initialement. Il y a au contraire simple limitation de souveraineté lorsqu'une compétence ainsi que les pouvoirs permettant sa mise en œuvre font l'objet d'une simple délégation partielle et conditionnée tout en étant de surcroît révocable ou assortie de

(21) Voir *GD*, 6e ed., 1991 n° 25, p. 347.

(22) Voir notamment L. Favoreu et L. Philip, «Chronique constitutionnelle française», *RDP*, 1977, p. 160 et s. ; C. Blumann, «L'article 54 de la Constitution et le contrôle de la constitutionnalité des traités en France», *R.G.D.J.P.*, 1978, pp. 589 et ss. ; J. Boulouis, *Observations sous Conseil constitutionnel, décision n° 76-71 DC des 29-30 décembre 1976*, *CDE*, 1977, p. 477 et s.

réserves autorisant leur réintégration ou leur recouvrement entre les mains de leur titulaire initial. Ces propositions semblent trouver leur illustration dans la présente décision. Il ne saurait en effet y avoir transfert de souveraineté à propos du libre franchissement des frontières par les personnes et alors même que les contrôles effectués seraient «transférés» des frontières nationales aux frontières communes dès l'instant où : 1°) le principe du libre franchissement des frontières est assorti de dérogations, c'est-à-dire d'exceptions pouvant être tirées de motifs d'ordre public ou de sécurité nationale. C'est ainsi qu'un État partie à la convention a toujours la faculté de reprendre à son compte l'exercice de ses compétences initiales en matière de contrôles frontaliers (art. 2 al. 2 de la convention) ; 2°) chaque État intéressé, dont la France, dispose, dans le cadre même du principe et de sa mise en œuvre, d'une réserve de compétences incompressibles : à la fois pour décider des modalités concrètes de mise en œuvre de la déclaration obligatoire à laquelle tout étranger entré régulièrement en France est tenu de souscrire (article 22) et pour réserver expressément aux autorités de police nationales un certain nombre de compétences propres et exclusives sur le territoire français.

Le Conseil constitutionnel est conduit à faire sensiblement les mêmes constatations, en ce qui concerne la nouvelle procédure de poursuite transfrontalière : la compétence à l'effet de rechercher et de poursuivre une personne prise en flagrant délit peut bien être déléguée, à l'intérieur même des frontières nationales, à des autorités de police étrangères. Cette translation de compétence n'en reste pas moins, souligne le Conseil constitutionnel, limitée à la fois dans son étendue et dans ses modalités de mise en œuvre -«elle n'est ni générale, ni discrétionnaire»- ce qui interdit par là-même de pouvoir la considérer comme un véritable transfert.

2°) À cette distinction opposant limitation et transfert de souveraineté s'ajoute, en second lieu, une autre distinction, qui, sans s'y substituer, complète et précise la notion de limitation de souveraineté et permet d'opérer le départ entre ce qui relève ou selon le cas ne relève pas des «conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale». L'expression, quoiqu'ancienne (23), est désormais devenue d'usage courant dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Elle a en particulier été développée et systématisée dans l'affaire du Protocole n° 6 additionnel à la convention européenne des droits de l'homme portant abolition de la peine de mort (24), et a reçu presque simultanément, deux applications remarquables au cours de cette année, y compris dans la présente décision (25). Difficile à cerner au départ, l'expression n'en est pas moins revêtue aujourd'hui d'une signification et d'une portée de plus en plus précises à travers l'identification de sa fonction contentieuse d'une part et celle de son contenu d'autre part.

Sur le premier point, le contrôle opéré par le juge constitutionnel définit en réalité le «point de non retour» des limitations de souveraineté autorisées par la Constitution ; autrement dit, et moyennant bien sûr le res-

(23) On la trouve formulée pour la première fois dans la décision n° 70-39 DC du 19 juin 1970, précitée.

(24) Décision n° 85-188 DC, du 22 mai 1985, précitée.

(25) La décision n° 91-294 DC du 25 juillet 1991 doit en effet être rapprochée de la décision n° 91-293 DC du 23 juillet 1991 rendue à propos de la loi portant diverses dispositions relatives à la fonction publique, *J.O.*, Lois et décrets, 25 juillet 1991, p. 9854.

pect des autres conditions auxquelles la Loi fondamentale subordonne les limitations de souveraineté, celles-ci peuvent être consenties par la France jusqu'au seuil représentant la limite extrême au-delà de laquelle on pénètre dans le «noyau dur» et intangible de la souveraineté nationale et de son exercice. De ce fait, la notion de «limitation de souveraineté» revêt une tournure extrêmement modulable qui facilite en définitive la réception en droit interne de la norme internationale : cette dernière sera réputée se fondre d'autant plus facilement dans le moule de la norme constitutionnelle que celle-ci lui procure un cadre suffisamment vaste sauf précisément à toucher à ce «noyau dur». Replacée dans la perspective du respect des conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale, la notion de limitation de souveraineté aboutit en dernière analyse à repousser suffisamment loin le domaine de l'interdit opposable à la norme internationale.

Sur le second point, des progrès sensibles ont été enregistrés au cours des dernières années. La décision n° 91-294 DC en accentue encore le mouvement. Le pas décisif a été franchi par la décision n° 85-188 DC du 22 mai 1985 rendue dans l'affaire du protocole de la convention européenne des droits de l'homme portant abolition de la peine de mort. Il en résulte qu'aux yeux du Conseil constitutionnel, font désormais partie des conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale «le devoir pour l'État d'assurer le respect des institutions de la République, la continuité de la vie de la nation, et la garantie des droits et libertés des citoyens».

S'agissant très précisément du principe du libre franchissement des frontières intérieures posé par la convention d'application de l'accord de Schengen, c'est uniquement au terme d'un examen minutieux portant sur le respect de cette triple exigence que le Conseil constitutionnel en a admis la compatibilité avec la Constitution.

a) En premier lieu, le principe n'est en rien, d'après lui, contraire au *devoir pour l'État d'assurer le respect des institutions*. Certes, les auteurs de la saisine avaient habilement tenté d'accréditer l'idée selon laquelle, la suppression des contrôles aux frontières à l'égard des personnes équivalait à une disparition des limites territoriales servant de cadre à l'exercice de leurs compétences par les autorités nationales. Il en résultait d'après eux, une possible altération des institutions de la République du fait même de l'incertitude qui devait nécessairement affecter l'exercice desdites compétences. Le Conseil constitutionnel répond simplement, ce qui paraît difficilement contestable, que la suppression des contrôles aux frontières nationales à l'égard des personnes, n'est en rien assimilable à la suppression des frontières elles-mêmes et pas davantage à leur modification. On se trouve donc ici en présence d'un cas typique de limitation de souveraineté qui n'altère en rien l'essence même du principe et les conditions essentielles de sa mise en oeuvre : le libre franchissement des frontières peut bien s'analyser en une limitation de l'exercice de la compétence territoriale de l'État, c'est-à-dire de sa souveraineté, dans un domaine précis ; celle-ci n'en est pas moins sauvegardée pour ce qui regarde les autres éléments constitutifs de cette compétence, dès l'instant où il n'est touché, ni à l'existence même des frontières nationales, ni à leur tracé. *A contrario*, le Conseil constitutionnel semble toutefois vouloir indiquer que le respect des institutions de la République passe effectivement par le maintien d'un cadre

suffisamment précis et limité qui, symbolisé par des frontières, conditionne l'exercice des compétences territoriales des autorités nationales.

b) Le principe posé par l'article 2 de la convention d'application ne méconnaît pas davantage en second lieu, *le devoir pour l'État d'assurer la continuité de la vie de la nation*. Une double argumentation sous-tendait ici la saisine des députés. Ils affirmaient d'une part, que le franchissement des frontières nationales par les personnes en dehors de tout contrôle altérerait nécessairement les modes d'acquisition de la nationalité française en la rendant, de manière sous-entendue, plus facile et d'autre part, qu'il rendait plus difficile la maîtrise des flux migratoires.

Face à ces critiques, la réponse du Conseil constitutionnel se développe en deux points distincts.

1°/ La convention d'application de l'accord de Schengen n'implique en rien une modification des conditions d'acquisition de la nationalité française puisqu'aussi bien, il n'est pas touché aux dispositions pertinentes du code de la nationalité.

Sont en particulier visées ici, les dispositions fondant l'acquisition de la nationalité française sur la double condition de la naissance en France et de la résidence en France (article 44 du Code de la nationalité complété par l'article 52). C'est ainsi que la naissance en France confère la nationalité française par acquisition à l'enfant qui y réside actuellement et y a résidé habituellement et de façon effective depuis cinq ans (26). Or, la convention d'application, souligne le Conseil constitutionnel, ne comporte de ce point de vue aucune assimilation entre la résidence ou le séjour dans un des États signataires autres que la France à une résidence en France. Il peut tout de même paraître curieux *a priori* de voir ainsi le juge constitutionnel inférer d'abord de ce qu'une convention internationale ne modifie pas des dispositions législatives pour affirmer ensuite qu'elle n'est par là même pas contraire à la Constitution. Une telle hypothèse, qui n'est pas rare, ne devrait pas en principe être considérée comme un obstacle à la conclusion définitive d'un engagement international mais simplement comme un élément de subordination de la ratification ou de l'approbation dudit engagement à l'autorisation préalable du Parlement, conformément aux prescriptions de l'article 53, alinéa 1er de la Constitution. En réalité, il faut se garder de faire dire à cette motivation plus qu'elle ne dit. Il ne faut pas en particulier y voir le signe d'un élargissement du « bloc de constitutionnalité » opposable aux traités et accords internationaux en voie de conclusion définitive en supposant que désormais, celle-ci est également subordonnée au respect des lois internes françaises en vigueur. Si le Conseil constitutionnel s'applique à vérifier qu'en l'espèce, la convention examinée ne modifie en rien les dispositions du code de la nationalité, c'est tout simplement parce que certaines d'entre elles sont réputées être des conditions *sine qua non* du respect dû au principe de la continuité de la vie de la nation et dont elles ne constituent en quelque sorte que la mise en œuvre. Il

---

(26) On soulignera dans le prolongement de ces dispositions que, s'agissant de l'acquisition de la nationalité française par naturalisation, la législation française en subordonne pareillement la possibilité, sauf exception, à l'exigence d'une condition de résidence en France. De même l'adoption simple d'un enfant constitue l'un des mécanismes d'acquisition de la nationalité française à la double condition que l'adoptant soit français et que l'enfant déclarant réside en France à l'époque de sa déclaration (article 55).

en va ainsi en particulier de celles qui subordonnent l'acquisition de la nationalité française à une condition minimale de résidence en France. Cette condition doit en effet être entendue comme le minimum exigible d'une personne pour qu'on puisse considérer comme établie son assimilation à la nation française (27). Tel ne serait pas à l'évidence le cas si la résidence à l'étranger était mise sur le même pied que la résidence en France. Un engagement international qui modifierait le droit français de la nationalité au point de rendre l'attribution ou selon le cas, l'acquisition de la nationalité française par trop facile devrait dans ces conditions être déclaré contraire à la Constitution parce que méconnaissant le principe de la continuité de la vie de la nation.

2°/ Il ne saurait davantage y avoir méconnaissance par la convention d'application de l'accord de Schengen du principe de la continuité de la vie de la nation dès l'instant où il est clairement établi que le libre franchissement des frontières n'est en aucun cas absolu et fait au contraire l'objet de prescriptions suffisamment précises et restrictives en ce qui concerne les modalités de sa mise en oeuvre (considérant n° 14)

c) Dernier terme du tryptique fixant les exigences du respect des conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale, *le devoir pour l'État d'assurer la garantie des droits et libertés des citoyens* n'est en rien méconnu par les dispositions critiquées de la convention d'application de l'accord de Schengen. C'est notamment en vain qu'il était argué que la «perméabilité des frontières» consécutive à leur libre franchissement risquait de porter atteinte à la sûreté des personnes proclamée par la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789. Les aménagements précis, les exceptions et notamment les réserves de compétence nationale affectant le principe du libre franchissement des frontières, suffisent ici à emporter la conviction du Conseil constitutionnel : si la sauvegarde de l'ordre public (qui implique notamment que soit assurée la protection des personnes) figure bien au nombre des objectifs de valeurs constitutionnelle opposable le cas échéant à un engagement international, celle-ci n'est en rien méconnue par la convention examinée dès l'instant où elle n'emporte aucune modification de la législation relative au contrôle des personnes à l'intérieur du territoire national. Ici encore, le maintien en l'état de la législation applicable en la matière, constitue la garantie nécessaire et suffisante du respect des règles et principes à valeur constitutionnelle qu'elle a pour objet de mettre en oeuvre.

d) La présente décision apporte enfin d'intéressantes précisions touchant aux conditions auxquelles la France peut, dans le respect des prescriptions insérées dans le 15<sup>e</sup> alinéa du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, con-

---

(27) Les conditions auxquelles la législation française subordonne l'acquisition de la nationalité française par naturalisation sont à cet égard particulièrement édifiantes. L'une d'entre elles exige en particulier que le demandeur soit considéré comme assimilé à la communauté française "notamment par une connaissance suffisante de la langue française" Dans le prolongement, une circulaire du 23 avril 1952 définit l'étranger assimilé comme celui qui, «par son langage, sa manière de vivre, son état d'esprit, son comportement à l'égard des institutions françaises, se distingue aussi peu que possible des nationaux au milieu desquels il vit». Il est à cet égard significatif de noter que la condition de résidence minimum en France, lorsqu'elle est exigée, est traditionnellement qualifiée dans ce domaine de "condition de stage".

sentir à des limitations de souveraineté ; à la lumière de la jurisprudence intervenue jusqu'ici, ce texte subordonne de telles limitations à un certain nombre de conditions normalement cumulatives : deux de ces conditions sont des conditions de fond qui tiennent pour la première, à ce que l'engagement international intéressé doit être nécessaire «à l'organisation et à la défense de la paix». En réalité, cette condition a été très largement interprétée par le Conseil constitutionnel qui l'a toujours, du moins implicitement, considérée comme satisfaite, y compris dans la présente décision. La seconde condition de fond tient à l'exigence de la réciprocité des consentements donnés à de telles limitations. Traditionnellement, le Conseil constitutionnel se satisfait, pour la considérer comme remplie, de constater que la France n'y consent pas unilatéralement mais bien avec un ou plusieurs autres États, ou mieux encore que l'engagement international exige *pour son entrée en vigueur* le consentement unanime des parties contractantes. Dans la présente affaire, cette condition fait précisément l'objet d'une précision intéressante quant à sa portée puisqu'elle s'applique également comme dans le cas particulier visé en l'espèce où, soit il y aurait *adhésion à la convention* de nouveaux États (exigeant l'accord, note le Conseil, de chacune des parties contractantes), soit *modification* de l'une quelconque de ses stipulations (arrêtée, relève le Conseil, d'un commun accord).

Mais c'est surtout à propos de l'une des conditions de forme que les précisions apportées par la décision n° 91-294 DC retiendront le plus l'attention. Ces conditions sont également au nombre de deux. La première est classique et fait l'objet d'une réaffirmation sans détours dans la présente affaire : à l'instar de tout engagement international, tout traité ou accord emportant des limitations de souveraineté ne saurait être définitivement introduit dans l'ordre interne que sous le bénéfice du strict respect des règles constitutionnelles nationales. Dans le cas d'un pareil engagement, ce rappel vise notamment, et la présente décision en porte l'illustration même si cela n'est pas dit ouvertement, l'exigence spécifique d'une autorisation législative préalable à la délivrance du consentement définitif exprimé par les autorités exécutives compétentes (considérant n° 58).

La seconde condition de forme semblait bien résulter de la décision n° 85-188 DC du 22 mai 1985 précédemment évoquée. À propos de l'adhésion de la France au Protocole n° 6 de la convention européenne des droits de l'homme portant abolition de la peine de mort, le Conseil constitutionnel avait pris soin de relever que cet engagement international pouvait être dénoncé dans les conditions prévues par le traité de base. On a pu alors en déduire que l'existence d'une clause expresse de dénonciation constituait l'une des conditions de forme exigées pour qu'un engagement international ne remette pas en cause les conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale. Au contraire, la présente affaire est l'occasion pour le Conseil d'en limiter quelque peu le jeu et la portée par rapport aux autres conditions. En ce sens, le considérant n° 58 indique clairement «qu'au regard des procédures de modification... prévues, sur une base de réciprocité, dans le respect des règles du droit national relatives à l'introduction des traités dans l'ordre interne, l'absence de référence à une clause de dénonciation ne saurait constituer en elle-même un abandon de souveraineté».

B/ La décision commentée donne ensuite, et c'est nouveau, une place réellement significative au contrôle du respect des libertés et droits fondamentaux de la personne par la convention déférée à l'examen du Conseil constitutionnel. La prise en considération dans ce domaine précis du contentieux constitutionnel des normes constitutionnelles protectrices des libertés et droits fondamentaux est d'ailleurs issue d'une jurisprudence relativement récente puisqu'elle date de 1980 (28). Elle donne lieu avec la décision n° 91-294 DC à un examen qui touche à différents aspects de la question et pas seulement au respect du droit d'asile dont il était uniquement fait état dans la décision n° 80-116 DC par exemple.

### *1°) Respect du droit d'asile*

Les dispositions de la convention d'application de l'accord de Schengen ont fait l'objet sous cet angle, d'une contestation appuyée de la part des auteurs de la saisine. Ceux-ci avaient, en la circonstance, axé leur critique autour de deux séries d'arguments : les premiers résultaient de la mise en cause des dispositions aux termes desquelles, et en fonction de critères préétablis, une seule partie contractante devait être désignée comme responsable du traitement des demandes d'asile (voir article 29 § 3 et 30 de la convention). Les auteurs de la saisine estimaient à cet égard, que la détermination de ces critères n'était pas effectuée de manière suffisamment précise pour garantir le respect effectif de ce droit fondamental. Les seconds avaient trait aux conditions dans lesquelles pouvaient être échangées les données relatives au traitement des demandes d'asile. Il était en particulier reproché aux dispositions concernées (article 38 de la convention) de ne comporter aucune garantie expresse qu'une information confidentielle concernant la demandeur d'asile ne parviendrait pas aux autorités du pays d'origine.

Le Conseil constitutionnel ne pouvait de toute évidence faire droit à cette argumentation dès l'instant où il est constaté que les auteurs de la convention avaient multiplié les précautions aux fins de sauvegarde de ce droit. Deux séries principales de constatations suffirent à établir la conviction du juge constitutionnel sur ce point : Il appert tout d'abord du texte même de la convention que celle-ci n'entend en aucun cas déroger aux prescriptions posées, tant par la convention de Genève du 28 juillet 1951 relative aux réfugiés que par le protocole de New-York du 31 janvier 1967. Bien au contraire, c'est à une réaffirmation claire et solennelle des obligations inscrites dans ces deux instruments à laquelle procède la convention d'application de l'accord de Schengen à l'égard de chaque partie contractante (29). Il résulte ensuite de

---

(28) La décision n° 80-116 DC du 17 juillet 1980 (Rec., p. 36) est en effet la première qui, à côté du principe de souveraineté nationale, fasse intervenir un contrôle portant spécifiquement sur le respect d'un droit fondamental par une convention internationale, (voir, également décision n° 80-126 DC du 30 décembre 1980, Rec., p. 53).

(29) L'article 38 qui ouvre le chapitre 7 intitulé : "Responsabilité pour le traitement de demandes d'asile," précise que la réaffirmation de ces obligations est exclusive de toute restriction géographique du champ d'application de ces textes et qu'elle s'accompagne au surplus d'un engagement de toutes les parties contractantes de coopérer avec les services du Haut commissaire des Nations Unies pour les réfugiés aux fins de pourvoir à l'application de ces instruments. L'article 135 complète cet ensemble en stipulant que les dispositions de la convention du 19 juin 1990 s'appliquent sous réserve des dispositions résultant des deux instruments précités.

l'examen auquel a procédé en l'espèce le Conseil constitutionnel que le jeu même des dispositions inscrites au 4ème alinéa du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 est en tout point sauvegardé : la convention réserve en effet, expressément le droit de toute partie contractante, pour des raisons particulières tenant notamment au droit national d'assurer elle-même le traitement d'une demande d'asile et ce, nonobstant le fait que la responsabilité en incombe normalement à une autre partie. C'est dire que la France pourra en dernier lieu et suivant une dérogation expresse ménagée par la convention, assurer le traitement d'une demande d'asile et en accorder le bénéfice à toute personne qui n'aurait pas obtenu satisfaction sur ce point auprès de la partie normalement compétente.

Pour le reste, c'est à dire pour tout ce qui touche aux échanges d'informations relatives aux demandes d'asile, le juge constitutionnel se borne à relever qu'il ne peuvent être effectués que moyennant le respect de conditions très précises tenant aussi bien au contenu qu'aux destinataires de ces données. Sur ces différents points aussi, les auteurs de la convention d'application avaient en effet, pris le soin de multiplier les « garde fous » en précisant notamment à chaque fois et de manière limitative, les cas dans lesquels la transmission de données concernant la demande d'asile sont nécessaires (article 38 § 1), les objets sur lesquels elles peuvent exclusivement porter (article 38 § 2), les autorités destinataires de ces informations (article 38 § 4 et 5).

## *2°) Respect des autres libertés et droits fondamentaux*

La sauvegarde du droit d'asile ne constitue effectivement qu'un des aspects particuliers de l'examen portant sur la compatibilité de la convention d'application de l'accord de Schengen avec les normes constitutionnelles protectrices des libertés et droit fondamentaux. La présente décision, répondant en cela aux diverses critiques avancées par les députés, donne en effet l'occasion au Conseil constitutionnel de s'assurer que, dans ses diverses dispositions, la convention du 19 juin 1990 n'entraîne aucune méconnaissance des autres droits et libertés fondamentaux de la personne.

a) Tel est en particulier le cas de celles qui touchent à la réglementation de la poursuite transfrontalière. Si l'article 41 de la convention autorise en effet, les agents d'une des parties contractantes à continuer la poursuite d'une personne prise en flagrant délit de commission d'une infraction sur le territoire d'une autre partie contractante, cette procédure n'emporte aucune atteinte aux « libertés individuelles » contrairement aux allégations des auteurs de la saisine. Le Conseil constitutionnel reprend à ce stade une argumentation comparable à celle qu'il avait développée auparavant (voir considérant n° 13), en indiquant que la disposition attaquée ne prévoit ni n'implique de dérogations aux dispositions de la législation nationale qui ont pour objet d'assurer la sauvegarde de la liberté individuelle et des droits de la défense. Il ne saurait donc dans ces conditions être établi une atteinte quelconque à l'un ou l'autre de ces droits et libertés. Il en va ainsi tout d'abord pour ce qui concerne la sauvegarde de la liberté individuelle dans la conception extrêmement large qu'en donne à l'heure actuelle le Conseil constitutionnel. D'une part, en effet, il est expressément spécifié par la convention que les agents poursuivant de-

vront se conformer au droit de la partie contractante sur le territoire de laquelle ils opèrent ; mais aussi, que le droit de rétention de la personne concernée aux fins d'audition s'exerce en application des règles pertinentes du droit national. C'est clairement sous-entendre ici que, pour ce qui concerne spécifiquement le cas de la France, l'absence de remise en cause de la législation applicable dans ce domaine ne méconnaît ni le principe fondamental reconnu par les lois de la République de la liberté individuelle, ni l'article 66 de la Constitution qui en réaffirme le principe et en confie la garde à l'autorité judiciaire. D'autre part, et il s'agit là d'un autre aspect fondamental du principe, le Conseil constitutionnel a pris soin auparavant (considérant n° 38) de souligner que suivant les termes exprès de la convention, l'entrée dans les domiciles et les lieux non accessibles au public est interdite. Les mêmes prescriptions valant ensuite pour le principe du respect des droits de la défense, il ne saurait donc pas davantage y avoir en la circonstance violation par la convention de cet autre principe fondamental reconnu par les lois de la République.

b) De même, en ce qui concerne les critiques dirigées contre les dispositions spécialement consacrées à la procédure d'extradition (article 61 et 63), le Conseil constitutionnel n'a eu aucun mal à écarter comme manquant en fait l'ensemble des moyens tirés de la prétendue méconnaissance des «libertés individuelles». C'est le cas en ce qui concerne l'article 61 de la convention qui, quand bien même imposerait-il à la France une obligation d'extrader dans certaine hypothèses limitativement énumérées, ne fait en rien obstacle à l'application au profit des personnes concernées de l'ensemble des garanties résultant aussi bien du jeu des conventions internationales en vigueur que de celui de la loi nationale française. Il en va de même pour ce qui est de l'article 63 qui, n'ayant d'autre objet que de réserver l'application de la convention européenne d'extradition du 13 septembre 1957, ne fait pas davantage obstacle à l'application des garanties offertes en la matière par la législation nationale à toute personne intéressée.

c) Le Conseil constitutionnel a enfin écarté comme manquant en fait, le moyen tiré de la prétendue atteinte aux «libertés individuelles» qui résulterait, d'après les auteurs de la saisine, de l'instauration du «Système d'information Schengen». Dans ce cadre, les États se sont accordés pour mettre en place un fichier informatisé accessible aux différents États signataires afin de coordonner l'ensemble des actions et rendre plus efficace la coopération entre les services de police. En contrepartie, de nombreuses dispositions ont été mises au point de manière à garantir le respect des libertés individuelles. C'est ainsi que, saisie par le gouvernement français avant la signature de la convention d'application de l'accord de Schengen, la Commission nationale de l'informatique et des libertés a donné un avis favorable aux dispositions pertinentes de la convention relatives à la protection de la vie privée des personnes (30). À cet égard, celle-ci comporte effectivement un ensemble de dispositions qui, regroupées au sein du chapitre 3, titre IV, organisent précisément la «protection des données à caractère personnel et (la) sécurité des données dans le cadre du Système d'Information Schengen». La France a d'ailleurs obtenu qu'il soit toujours possible de ne pas exécuter pour des motifs

---

(30) La CNIL a d'ailleurs été associée aux différentes étapes de la négociation afin de prévenir toute utilisation abusive des données informatisées.

relevant de la souveraineté nationale une demande d'intervention dans le S.I.S.

Le Conseil constitutionnel n'a, dans ces conditions, eu aucun mal à écarter le moyen invoqué après avoir constaté sur un plan général que la convention «comporte un dispositif très important de mesures à même d'assurer le respect de la liberté personnelle en cas d'exploitation ou d'utilisation des catégories de données collectées par le système d'information Schengen».

C) En dernière analyse, la décision n° 91-294 DC du 27 juillet 1991 confirme sur deux points précis, les principes dégagés par la jurisprudence antérieure.

1°) C'est, en premier lieu, sans méconnaître le principe d'indivisibilité de la République que la convention du 19 juin 1990 a pu réserver l'application de ses dispositions au seul territoire européen de la République française. Il en est ainsi alors que, tant par son objet que par le but qu'elle poursuit, la limitation de son champ d'application territoriale est en droit, parfaitement justifiée ; cette constatation revêt d'autant plus de force en l'espèce, que conformément aux principes découlant d'une jurisprudence bien établie en la matière (voir décision n° 28-247 DC du 17 janvier 1989) (31), «le champ d'application territoriale d'une convention internationale est déterminé par ses stipulations ou par les règles statutaires de l'organisation internationale sous l'égide de laquelle elle a été conclue».

2°) C'est également en vain, en second lieu, que les auteurs de la saisine ont prétendu faire obstacle à l'approbation de la convention d'application de l'accord de Schengen, en invoquant sa contrariété par rapport au droit communautaire : «il n'appartient pas au Conseil constitutionnel lorsqu'il est saisi en application de l'article 61 de la Constitution, d'apprécier la conformité d'un engagement international aux stipulations d'un traité». Cette solution désormais classique (32), se situe dans un courant jurisprudentiel bien orienté qui refuse de voir dans les normes internationales à caractère conventionnel un élément du «bloc de constitutionnalité» susceptible d'être pris en considération dans le contentieux du contrôle de la constitutionnalité des actes fondamentaux (33). Incompétent à l'effet de contrôler la conformité d'une loi aux stipulations d'un engagement international, le Conseil constitutionnel ne l'est donc pas moins dès lors que l'on prétend le faire juge de la compatibilité d'un engagement international par rapport à un acte de même nature. À cet égard, la solution adoptée dans la présente affaire pourrait bien clore définitivement le débat sur le caractère absolu ou simplement relatif de cette incompétence : qu'il s'agisse d'un examen portant sur la compatibilité matérielle ou formelle d'un engagement international par rapport à un traité ou une convention, chacun de ces deux aspects fait l'objet d'une même réponse fondée sur l'incompétence clairement affirmée du juge constitutionnel français. S'agissant du cas d'espèce, le Conseil constitutionnel ne pouvait en particulier se méprendre sur le sens et la portée de l'ultime argument invoqué par les

(31) *Rec.*, p. 15.

(32) Voir dans le même sens, décision n° 80-116 DC du 17 juillet 1980 précitée.

(33) Posé par la décision n° 74-54 DC du 15 janvier 1975, (*Rec.*, p. 19), le principe vient d'en être réaffirmé tout récemment par la décision n° 91 293 DC du 23 juillet 1991 précitée.

auteurs de la saisine : délaissant le plan strictement matériel, ceux-ci s'étaient exclusivement situés sur celui de la procédure suivie en la circonstance par les États-Parties à la convention d'application en arguant sur ce point d'une violation du droit communautaire (34).

En refusant catégoriquement de les suivre sur ce terrain, le Conseil constitutionnel a en tout cas définitivement coupé court semble-t-il au doute entrevenu à ce propos par la décision n° 78-93 DC du 29 avril 1978 (35) : il ne lui appartient pas, contrairement à ce qu'avait pu laisser entendre cette précédente décision, de se prononcer sur le respect des conditions de validité formelle ou procédurale imposées par un traité de base à l'élaboration et à l'adoption d'un engagement international subséquent.

\*  
\*   \*  
\*

Dans son intervention au soutien de l'exception d'irrecevabilité qu'il avait soulevée à l'Assemblée nationale le 3 juin 1991, le député P. Mazeaud formulait le souhait de voir le Conseil constitutionnel préciser à cette occasion les contours de la notion de souveraineté nationale.

Même si elle ne donne sans doute pas complètement satisfaction sur le fond aux auteurs de la saisine, la décision n° 91-294 DC aura néanmoins largement répondu à cette attente. L'invocation d'une éventuelle atteinte au respect de la souveraineté nationale apparaît une nouvelle fois comme le sous-bassement fondamental de toute critique dirigée contre les engagements internationaux destinés à servir de près ou de loin les finalités intégrationnistes de certaines organisations internationales et spécialement, des Communautés européennes. À cet égard, l'observateur attentif de la jurisprudence du Conseil constitutionnel décèlera dans la présente décision un certain nombre de progrès marquants touchant au sens et à la portée donnés à ce concept dans le contrôle au fond des engagements internationaux. Parallèlement, l'utilisation remarquable faite dans cette affaire des normes de référence afférentes à la protection des droits fondamentaux marque un progrès tout aussi indéniable dans l'effectivité de ce contrôle. Le souci de démonstration dont a fait preuve en l'espèce le Conseil constitutionnel n'est pas non plus dénué de signification

---

(34) La difficulté provenait en l'espèce de la portée exacte qu'il convenait de conférer à l'article 8A du Traité CEE modifié par l'«Acte unique européen». Celui-ci dispose en son second alinéa que «le marché intérieur comporte un espace sans frontières intérieures dans lequel la libre circulation ... des personnes... est assurée selon les dispositions du présent traité». Or, si comme le font remarquer les États signataires dans le préambule de la convention d'application, le principe du libre franchissement des frontières en matière de circulation des personnes, sert, à terme, l'objectif d'établissement d'un espace sans frontières intérieures posé par l'«Acte unique», ce n'est pas à proprement parler dans le cadre communautaire qu'un tel principe a été mis en œuvre à l'état présent mais par la voie d'un accord intergouvernemental qui n'associait au départ et n'associe toujours qu'une partie seulement des douze États membres de la Communauté. On ne peut pas dire dans ces conditions que la libre circulation des personnes notamment, envisagée comme un des éléments essentiels du «marché intérieur» ait été assurée selon les dispositions du Traité CEE. C'est précisément cette «captation d'héritage» par les États-Parties à la convention d'application de l'accord Schengen qui alimentait et continue d'alimenter certaines critiques quant à la méthode retenue en la circonstance (sur ces différents points, v. M.P. Subtil, «Réserves et critiques», *Le Monde*, 5 juin 1991, p. 8).

(35) *Rec.*, p. 23.

politique : le degré de précision de plus en plus marqué qui caractérise les normes de référence utilisées dans le contrôle, comporte en retour le risque d'un rapprochement de l'échéance où l'on verra un engagement international être inévitablement déclaré contraire à la Constitution. Le signal adressé aux autorités politiques est donc clair : le «verrou constitutionnel» opposable aux engagements internationaux est encore loin d'avoir définitivement cédé aux coups de boutoirs de l'intégration européenne.

**DÉCISION N° 91-294 DC DU 26 JUILLET 1991**

**NOR: CSCX9110204S**

**LOI AUTORISANT L'APPROBATION DE LA CONVENTION  
D'APPLICATION DE L'ACCORD DE SCHENGEN DU 14 JUIN 1985  
ENTRE LES GOUVERNEMENTS DES ÉTATS DE L'UNION  
ÉCONOMIQUE BENELUX, DE LA RÉPUBLIQUE FÉDÉRALE  
D'ALLEMAGNE ET DE LA RÉPUBLIQUE FRANÇAISE RELATIF A LA  
SUPPRESSION GRADUELLE DES CONTROLES AUX FRONTIÈRES  
COMMUNES**

Le Conseil constitutionnel a été saisi, le 28 juin 1991, par MM. Pierre Mazeaud, Jean-Louis Masson, Eric Doligé, Georges Tranchant, Mmes Martine Daugreilh, Christiane Papon, MM. Robert-André Vivien, Didier Julia, Jean-Paul de Rocca Serra, Mme Nicole Catala, MM. Georges Gorse, René Couveinhes, Léon Vachet, Bernard Debré, Eric Raoult, Jean Besson, Jean de Gaulle, Jacques Masdeu-Arus, Jacques Houssin, Jacques Limouzy, Patrick Ollier, Mme Elisabeth Hubert, M. Alain Jonemann, Mme Lucette Michaux-Chevry, MM. Alain Peyrefitte, Henri Cucq, Pierre Pasquini, Guy Drut, Jean-Louis Debré, Claude-Gérard Marcus, Lucien Guichon, Régis Perbet, Roland Vuillaume, Gérard Léonard, Jacques Godfrain, Xavier Deniau, Olivier Guichard, Franck Borotra, Jean-Claude Mignon, Pierre Mauger, Mme Suzanne Sauvaigo, MM. Gabriel Kaspereit, Pierre Bachelet, Jean-Michel Couve, Arthur Dehaine, Michel Inchauspé, Jean Brocard, Daniel Colin, Hubert Falco, François-Michel Gonnot, Marc Laffineur, Pierre Micaux, Roland Blum, François d'Aubert, André Rossi, Georges Durand, Philippe de Villiers, Arthur Paecht, Charles Ehrmann, Mme Louise Moreau, MM. Claude Wolff, Gilbert Gantier, Alain Griotteray, Christian Estrosi, députés, dans les conditions prévues à l'article 61, alinéa 2, de la Constitution, de la loi autorisant l'approbation de la convention d'application de l'accord de Schengen du 14 juin 1985 entre les gouvernements des États de l'union économique Benelux, de la République fédérale d'Allemagne et de la République française relatif à la suppression graduelle des contrôles aux frontières communes ;

Le Conseil constitutionnel,

Vu la Constitution ;

Vu le décret n° 86-907 du 30 juillet 1986 portant publication de l'accord entre les gouvernements des États de l'union économique Benelux, de la République fédérale d'Allemagne et de la République française relatif à la suppression graduelle des contrôles aux frontières communes, fait à Schengen le 14 juin 1985 ;

Considérant que les auteurs de la saisine défèrent au Conseil constitutionnel la loi autorisant l'approbation de la convention d'application de l'accord de Schengen du 14 juin 1985 ; qu'à l'appui de leur saisine ils font valoir que cette convention est contraire à la Constitution ;

Considérant que l'engagement international dont le Parlement a, par la loi déferée, autorisé l'approbation comporte huit titres, un acte final, un

procès-verbal complémentaire et une déclaration commune des autorités réunies à Schengen le 19 juin 1990, qu'ont été également portées à la connaissance du Parlement des déclarations du Gouvernement de la République française ;

Considérant que les définitions des termes employés dans la convention figurent dans son titre Ier ; qu'en particulier est considérée comme étranger toute personne autre que les ressortissants des États membres des communautés européennes ; que le titre II intitulé "Suppression des contrôles aux frontières intérieures et circulation des personnes" fixe, par ses articles 2 à 38, un ensemble de règles visant à réaliser cet objectif ; que le titre III comprend, sous les articles 39 à 91, des stipulations destinées à promouvoir entre les parties contractantes une coopération en matière de police ainsi qu'une entraide judiciaire ; qu'à l'effet de faciliter la coopération entre les services compétents le titre IV de la convention, sous les articles 92 à 119, instaure un fichier informatisé accessible aux seuls États signataires dénommé "système d'information Schengen" ; que le titre V, composé des articles 119 à 125, concerne les transports et la circulation des marchandises ; que le titre VI énonce, sous les articles 126 à 130, des règles relatives à la protection des données à caractère personnel ; que le titre VII, qui comprend les articles 131 à 133, institue pour l'application de la convention un comité exécutif que le titre VIII intitulé "Dispositions finales" contient à travers ses articles 134 à 142, des précisions touchant notamment au champ d'application de la convention, à la place qu'elle occupe par rapport à d'autres engagements internationaux et à sa procédure de modification ; que l'acte final comporte six déclarations communes aux parties contractantes faites lors de la signature de la convention ; qu'en complément de l'acte final, les parties contractantes ont adopté une déclaration commune concernant le champ d'application de la convention et pris acte de déclarations unilatérales faites en rapport avec celle-ci ; qu'une déclaration commune des ministres et secrétaires d'État réunis à Schengen le 19 juin 1990 détermine l'objet de discussions ultérieures ;

Considérant par ailleurs que, par application de l'article 41 paragraphe 9, de la convention, des déclarations du Gouvernement de la République française définissent "les modalités de la poursuite transfrontalière" ;

Considérant que les auteurs de la saisine critiquent à titre principal l'article 2, paragraphe 1, de la convention aux termes duquel, "les frontières intérieures peuvent être franchies en tout lieu sans qu'un contrôle des personnes soit effectué" ; que cet article est contesté au motif qu'il porte atteinte aux conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale et procède à un transfert de souveraineté ;

Considérant que selon la saisine, les articles 20, 22, 40 et 41 de la convention procèdent également à un transfert de souveraineté ;

Considérant qu'il est soutenu que méconnaissent les droits et libertés de valeur constitutionnelle les dispositions relatives au traitement des demandes d'asile, les articles 41, 61 et 63 de la convention ainsi que son titre IV ;

Considérant que les auteurs de la saisine font observer que la convention ne comporte aucune clause de "dénonciation" ; que son champ d'application, tel qu'il est défini par l'article 138, est contraire au principe de l'indivisibilité de la République ; qu'ils relèvent enfin qu'il n'est pas établi que la convention soit conforme au droit communautaire ;

*Sur les différents griefs articles à l'encontre de l'article 2 de la convention :*

En ce qui concerne l'argumentation suivant laquelle l'article 2 porterait atteinte aux conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale :

Considérant que les auteurs de la saisine estiment que l'article 2 de la convention porte atteinte au devoir de l'État d'assurer le respect des institutions de la République, la continuité de la vie de la nation et la garantie des droits et libertés des citoyens ;

Quant au devoir de l'État d'assurer le respect des institutions :

Considérant qu'il est soutenu que l'article 2 de la convention, en supprimant les frontières en matière de circulation des personnes, altère le fonctionnement des institutions de la République car les limites de leurs compétences territoriales deviennent incertaines ;

Considérant que le franchissement des frontières sans qu'un contrôle des personnes soit nécessairement effectué n'est pas assimilable à une suppression ou à une modification des frontières qui, sur le plan juridique, délimitent la compétence territoriale de l'État ; qu'ainsi le grief allégué manque en fait et ne peut qu'être écarté ;

Quant à la continuité de la vie de la nation :

Considérant que suivant la saisine le principe posé par l'article 2 de la convention met en cause la vie de la nation au regard de ses incidences tant sur les modes d'acquisition de la nationalité française que sur la maîtrise des flux migratoires ;

Considérant que la convention ne modifie en rien les dispositions du code de la nationalité française ; qu'en particulier, elle n'assimile nullement, pour l'application du droit de la nationalité, la résidence ou le séjour dans un des États signataires autres que la France à une résidence en France ;

Considérant que la portée du principe posé par l'article 2, paragraphe I, ne peut être appréciée indépendamment des autres stipulations de la convention ; qu'il y a lieu de relever que la suppression du contrôle des personnes aux "frontières intérieures", laquelle n'est au demeurant pas absolue, va de pair avec le transfert de ces contrôles et leur harmonisation aux "frontières externes" des États signataires ; qu'en particulier, sont définies les conditions et modalités de franchissement des frontières extérieures, ainsi que les règles uniformes suivant lesquelles doivent être effectués les contrôles ; qu'il est prévu un régime commun de visas de court séjour s'appliquant aux ressortissants d'États tiers, qui ne pourra être modifié que d'un commun accord entre les parties contractantes et auquel il ne pourra être dérogé qu'exceptionnellement ; que les visas pour un séjour de plus de trois mois sont des visas nationaux qui autorisent seulement son titulaire à transiter sur le territoire des autres parties contractantes sous les réserves mentionnées à l'article 18 ;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède que l'argumentation fondée sur l'atteinte à la continuité de la vie de la nation ne saurait être retenue ;

Quant aux droits et libertés des citoyens :

Considérant que pour les auteurs de la saisine la "perméabilité des frontières" porterait atteinte aussi bien à la sûreté des personnes proclamée par la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen qu'aux dispositions du préambule de la Constitution de 1946 qui garantissent la protection de la santé, la sécurité matérielle, le repos et les loisirs ;

Considérant que le principe posé par l'article 2, paragraphe I, de la convention ne saurait être regardé comme méconnaissant l'objectif de valeur constitutionnelle de sauvegarde de l'ordre public, qui implique notamment que soit assurée la protection des personnes ; qu'en effet, le principe de libre circulation s'accompagne, ainsi qu'il a été dit précédemment, de mesures de contrôle aux frontières externes des États signataires ; qu'en outre, le paragraphe 2 de l'article 2 de la convention autorise une partie contractante à rétablir, pour une période limitée, les contrôles frontaliers nationaux lorsque l'ordre public ou la sécurité nationale l'exigent ; que, de surcroît, le paragraphe 3 de l'article 2 stipule que la suppression du contrôle des personnes aux frontières intérieures ne porte pas atteinte à l'exercice des compétences de police qui appartiennent à chacun des États sur l'ensemble de son territoire ; qu'en conséquence, il n'est apporté aucune modification à la législation relative au contrôle des personnes à l'intérieur du territoire national ;

Considérant que les dispositions du onzième alinéa du préambule de la Constitution de 1946 en vertu desquelles la nation "garantit à tous, notamment à l'enfant, à la mère et aux vieux travailleurs la protection de la santé, la sécurité matérielle, le repos et les loisirs", sont sans rapport avec l'article 2 de la convention ; que, dès lors, le moyen tiré de la violation des dispositions précitées du préambule est inopérant ;

En ce qui concerne le moyen tiré de ce que l'article 2 entraînerait un "transfert de souveraineté" :

Considérant que d'après les auteurs de la saisine l'article 2 de la convention "en ce qu'il supprime tout contrôle des autorités françaises emporte nécessairement un transfert de souveraineté au profit de l'État dans lequel l'étranger sera admis" ;

Considérant que si l'article 2 pose le principe du libre franchissement par les personnes des frontières intérieures communes, il prévoit des possibilités de dérogation pour des motifs d'ordre public ou de sécurité nationale et réserve expressément les compétences de police de chaque partie contractante sur son territoire ; qu'ainsi, le moyen invoqué ne peut qu'être écarté ;

*Sur le moyen tiré de ce que l'article 20, paragraphe 2, entraînerait un "transfert de souveraineté" :*

Considérant que l'article 20 stipule, dans son paragraphe 2, que les dispositions du paragraphe I du même article relatives à la durée du séjour des étrangers au sens de la convention non soumis à l'obligation de visa, ne font pas obstacle au droit de chaque partie contractante de prolonger au-delà de trois mois le séjour de cette personne "sur son territoire dans des circonstances exceptionnelles ou par application des dispositions d'un accord bilatéral conclu antérieurement à l'entrée en vigueur de la présente convention" ;

Considérant que suivant la saisine ces stipulations étendraient à la France des accords bilatéraux auxquels elle ne serait pas partie ;

Considérant qu'il résulte des termes mêmes de l'article 20 paragraphe 2, que la prolongation de la durée du séjour qu'il autorise ne s'applique qu'au "territoire" de l'État qui est partie à un accord bilatéral antérieur ou qui estime être en présence de circonstances exceptionnelles ; qu'ainsi, l'argumentation invoquée est dénuée de pertinence ;

*Sur le grief dirigé contre l'article 22 :*

Considérant que l'article 22 est relatif à la situation des personnes autres que les ressortissants des États membres des communautés européennes qui sont entrées régulièrement sur le territoire d'une des parties contractantes ou qui y résident, que ces personnes, lorsqu'elles pénètrent sur le territoire d'une autre partie contractante sont tenues de se déclarer, auprès des autorités compétentes, dans les conditions fixées par ladite partie ; que chaque État a la faculté, pour ce qui le concerne, de prévoir des exceptions au principe de la déclaration obligatoire ;

Considérant que selon la saisine, les mesures de contrôle prévues par l'article 22 entraîneraient, en raison de leur insuffisance, un transfert de souveraineté ;

Considérant que la déclaration exigée par l'article 22 constitue une formalité à laquelle les personnes visées par le texte sont astreintes pour pouvoir pénétrer en France ; qu'il appartient aux autorités nationales de fixer les règles qui lui sont applicables et d'en tirer les conséquences appropriées ; qu'ainsi l'article 22 n'est en rien contraire à la Constitution.

*Sur les dispositions relatives au traitement des demandes d'asile :*

Considérant que, par ses articles 28 et 135, la convention réaffirme les obligations des parties contractantes en vertu de la convention de Genève du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés telle qu'amendée par le protocole de New York du 31 janvier 1967 ;

Considérant qu'aux termes du paragraphe 3 de l'article 29, quelle que soit la partie contractante à laquelle un étranger au sens de l'article 1er de la convention adresse sa demande d'asile, une seule partie contractante est responsable du traitement de celle-ci ; que la détermination de cette partie est faite selon les critères définis à l'article 30 ; que l'article 38 fixe les conditions dans lesquelles sont échangées des données relatives à l'examen des demandes d'asile ;

Considérant que pour les auteurs de la saisine ces dispositions présentent des risques en ce qui concerne la sauvegarde du droit d'asile ; d'une part, du fait de l'absence de garanties suffisantes s'agissant des critères de désignation de l'État responsable de l'examen d'une demande ; d'autre part, en raison de la divulgation possible d'informations confidentielles ;

En ce qui concerne le respect du droit d'asile :

Considérant qu'aux termes du quatrième alinéa du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 : "Tout homme persécuté en raison de son action en faveur de la liberté a droit d'asile sur les territoires de la République" ;

Considérant que la détermination de l'État responsable du traitement d'une demande d'asile résulte des règles objectives stipulées à l'article 30 de la convention ; qu'en vertu de l'article 32, la partie contractante responsable du traitement de la demande d'asile assure celui-ci conformément à son droit national ; que, toutefois, le paragraphe 4 de l'article 29 réserve le droit de toute partie contractante "pour des raisons particulières tenant notamment au droit national" d'assurer le traitement d'une demande d'asile même si la responsabilité incombe à une autre partie ; que ces dernières stipulations sont

appelées à recevoir application au profit des personnes susceptibles de bénéficier du droit d'asile en vertu du quatrième alinéa du préambule de la Constitution de 1946 ;

En ce qui concerne les informations relatives aux demandes d'asile :

Considérant que l'article 38 fixe les règles applicables aux échanges de données nominatives relatives aux demandeurs d'asile, en précisant aussi bien le contenu que les destinataires de ces données ; que cet article n'est pas contraire à la Constitution ;

*Sur les articles 40 et 41 relatifs à la réglementation de l'observation et de la poursuite transfrontalières :*

En ce qui concerne l'article 40 relatif à l'observation transfrontalière :

Considérant qu'en vertu du paragraphe 1 de l'article 40, les agents d'une des parties contractantes qui, dans le cadre d'une enquête judiciaire, observent dans leur pays une personne présumée avoir participé à un fait punissable pouvant donner lieu à extradition, sont autorisés à continuer cette observation sur le territoire d'une autre partie contractante "lorsque celle-ci a autorisé l'observation transfrontalière sur la base d'une demande d'entraide judiciaire présentée au préalable" ; que, suivant le paragraphe 2 de l'article 40, lorsque, pour des raisons particulièrement urgentes, l'autorisation préalable de l'autre partie contractante ne peut être demandée, les agents observateurs sont autorisés à continuer au-delà de la frontière l'observation d'une personne "présumée" avoir commis des faits punissables énumérés au paragraphe 7 de l'article 40, sous les conditions particulières prescrites par le paragraphe 2 ; que l'observation visée tant au paragraphe 1 qu'au paragraphe 2 de l'article 40 est assujettie aux conditions et modalités définies par ce même article dans ses paragraphes 3, 4 et 5 ;

Considérant que les auteurs de la saisine font valoir que le fait pour des policiers étrangers de poursuivre, sans l'accord des autorités françaises, leurs investigations sur le territoire national est contraire au "respect dû à la souveraineté nationale" ;

Considérant que, dans le cas général visé au paragraphe 1 de l'article 40, le droit d'observation transfrontalière est subordonné à l'acceptation d'une demande préalable d'entraide judiciaire ; que, dans le cas d'urgence visé au paragraphe 2, il est expressément stipulé que l'observation doit prendre fin dès que l'État sur le territoire duquel se déroule l'observation le demande et au plus tard cinq heures après le franchissement de la frontière qu'ainsi l'article 40 ne porte pas atteinte aux conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale ;

En ce qui concerne l'article 41 relatif à la procédure de poursuite transfrontalière :

Considérant, d'après le paragraphe 1 de l'article 41, que les agents d'une des parties contractantes qui, dans leur pays, poursuivent une personne prise en flagrant délit de commission d'une des infractions visées au paragraphe 4 de cet article ou de participer à l'une desdites infractions, sont autorisés à continuer la poursuite sans autorisation préalable sur le territoire d'une autre partie contractante lorsque les autorités compétentes de celle-ci n'ont pu être averties préalablement de l'entrée sur ce territoire, en raison de l'urgence

particulière, ou que ces autorités n'ont pu se rendre sur place à temps pour reprendre la poursuite ; qu'il en est de même lorsque la personne poursuivie, se trouvant en état d'arrestation provisoire ou purgeant une peine privative de liberté, s'est évadée ; que les autres stipulations de l'article 41 fixent les conditions de recours à la procédure de poursuite transfrontalière ; que le paragraphe 9 de l'article 41 autorise chaque partie contractante au moment de la signature de la convention, à faire une déclaration dans laquelle elle définit, sur la base des dispositions des paragraphes 2, 3 et 4, les modalités d'exercice de la poursuite sur son territoire pour chacune des parties contractantes avec laquelle elle a une frontière commune ; que la déclaration faite par le Gouvernement de la République française sur ce dernier fondement est un élément qui doit être pris en compte pour l'appréciation de la conformité à la Constitution de l'article 41 de la convention ;

Considérant que les auteurs de la saisine soutiennent que l'article 41 permet aux autorités de police étrangères de procéder à des actes de police judiciaire à l'intérieur du territoire français "sans aucun droit de regard des autorités nationales" et "sans limitation dans l'espace et dans le temps" ; qu'ils en déduisent qu'il y a transfert de souveraineté et atteinte aux "libertés individuelles" ;

Quant au moyen relatif à un transfert de souveraineté :

Considérant que la procédure de poursuite transfrontalière régie par l'article 41 de la convention et dont les modalités d'exercice ont fait l'objet d'une déclaration du Gouvernement de la République sur le fondement du paragraphe 9 de l'article 41, n'est ni générale ni discrétionnaire ; que cette procédure n'est applicable qu'à des hypothèses où il y a soit des infractions flagrantes d'une particulière gravité, soit une volonté de la part de la personne poursuivie de se soustraire à la justice de son pays ; que les agents poursuivants ne disposent en aucun cas du droit d'interpellation ; que l'entrée dans les domiciles et les lieux non accessibles au public leur est interdite ;

Considérant qu'en raison des modalités de son exercice, la procédure de poursuite transfrontalière ne procède pas à un "transfert de souveraineté" ;

Quant au moyen relatif à l'atteinte aux "libertés individuelles" :

Considérant que l'article 41 de la convention ne prévoit ni n'implique de dérogations aux dispositions de la législation nationale qui ont pour objet d'assurer la sauvegarde de la liberté individuelle et des droits de la défense ; que le respect de ces dispositions s'impose aux agents poursuivants des parties contractantes ; que d'ailleurs, s'agissant de la rétention aux fins d'auditions de la personne poursuivie, l'article 41 renvoie, dans son paragraphe 6, aux "règles pertinentes du droit national" ;

*Sur les articles 61 et 63 relatifs de la procédure d'extradition :*

En ce qui concerne l'article 61 :

Considérant que l'article 61 est ainsi rédigé : "la République française s'engage à extraditer, à la demande de l'une des parties contractantes, les personnes poursuivies pour des faits punis par la législation française d'une peine ou mesure de sûreté privative de liberté d'un maximum d'au moins deux ans et par la loi de la partie contractante requérante d'une peine ou mesure de sûreté privative de liberté d'un maximum d'au moins un an." ;

Considérant qu'il est soutenu que cet article institue à la charge de l'État une obligation d'extrader qui est contraire au respect "des libertés individuelles" ;

Considérant que, comme le relève l'exposé des motifs du projet de loi qui autorise l'approbation de la convention, l'article 61 n'a d'autre objet que de soumettre à la procédure d'extradition les personnes poursuivies pour des infractions passibles dans le pays requérant d'une peine d'emprisonnement d'au moins un an dès lors que les infractions sont passibles en droit français d'une peine d'emprisonnement d'au moins deux ans ; que l'article 61 vise exclusivement le quantum de la peine encourue pour les infractions susceptibles d'extradition et ne fait pas obstacle à l'application des garanties résultant des conventions d'extradition et de la loi nationale au profit des personnes dont l'extradition est demandée ; qu'ainsi, le moyen invoqué manque en fait ;

En ce qui concerne l'article 63 :

Considérant qu'en vertu de l'article 63, les parties contractantes s'engagent, conformément à la convention européenne d'extradition du 13 septembre 1957, à extrader entre elles les personnes qui sont poursuivies par les autorités judiciaires de la partie contractante requérante pour l'une des infractions visées à l'article 50, paragraphe 1, ou recherchées par celles-ci aux fins de l'exécution d'une peine ou d'une mesure de sûreté prononcées pour une telle infraction ;

Considérant que les auteurs de la saisine reprennent à l'encontre de l'article 63, une argumentation identique à celle dirigée contre l'article 61 ;

Considérant que, pour ce qui concerne le Gouvernement de la République française, l'article 63 n'a d'autre objet que de rendre justiciables des stipulations de la Convention européenne d'extradition du 13 septembre 1957, les infractions visées à l'article 50, paragraphe 1 ; qu'il n'est nullement fait obstacle à l'application des conditions générales de l'extradition ; que le moyen dirigé contre l'article 63 manque lui aussi en fait ;

*Sur la mise en cause du titre IV de la convention :*

Considérant que le titre IV de la convention intitulé "Système d'information Schengen" instaure un fichier informatisé accessible aux États signataires ; que, dans un chapitre Ier, il en définit les composantes ; que le chapitre II du titre IV énonce les conditions d'exploitation et d'utilisation du système, que le chapitre III édicte un ensemble de règles destinées à assurer la protection des données à caractère personnel ainsi que la sécurité de ces données ; que la répartition des coûts du système fait l'objet du chapitre IV ;

Considérant que les auteurs de la saisine estiment que le titre IV n'assure pas le respect des "libertés individuelles" en raison, d'une part, de garanties insuffisantes dans la législation des États signataires s'agissant de l'utilisation des données nominatives et, d'autre part, de l'absence de dispositions interdisant des "interconnexions" entre fichiers informatisés ;

Considérant que le chapitre III du titre IV de la convention comporte un dispositif très important de mesures à même d'assurer le respect de la liberté personnelle en cas d'exploitation ou d'utilisation des catégories de données collectées par le "système d'information Schengen" ; que des mesures complémentaires de protection résultent du titre VI ;

Considérant en particulier que l'article 102 prescrit que les parties contractantes ne peuvent utiliser les données prévues aux articles 95 à 100 qu'aux fins énoncées pour chacun des signalements visés à ces articles et qu'en vertu du paragraphe 5 de l'article 102, toute utilisation de données non conforme aux paragraphes 1 à 4 dudit article "sera considérée comme détournement de finalité" ;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède que le moyen invoqué à l'encontre du titre IV manque en fait ;

*Sur le moyen tiré de ce que la convention méconnaîtrait le principe d'indivisibilité de la République :*

Considérant que le premier alinéa de l'article 138 de la convention est ainsi rédigé : "Les dispositions de la présente convention ne s'appliqueront, pour la République française, qu'au territoire européen de la République française" ;

Considérant que, selon les auteurs de la saisine, l'exclusion du champ d'application de la convention des départements d'outre-mer et des territoires d'outre-mer méconnaît le principe de l'indivisibilité de la République affirmé par l'article 2 de la Constitution.

Considérant que le champ d'application territoriale d'une convention internationale est déterminé par ses stipulations ou par les règles statutaires de l'organisation internationale sous l'égide de laquelle elle a été conclue ;

Considérant que la convention a pour objet la suppression des contrôles opérés aux "frontières communes" des États signataires, qu'en raison du but ainsi poursuivi la limitation du champ d'application territoriale de cette convention, que stipule son article 138, n'est en rien contraire au principe d'indivisibilité de la République ;

*Sur le moyen tiré de l'absence de clause de dénonciation :*

Considérant que les auteurs de la saisine font observer que la convention ne prévoit pas de possibilité expresse de "dénonciation" ; qu'il en résulte selon eux un abandon de souveraineté ;

Considérant que, dans son article 140, la convention subordonne à l'accord de chacune des parties contractantes l'adhésion de tout État membre des communautés européennes ; que l'article 141 stipule, dans son paragraphe 2, que "les parties contractantes arrêtent d'un commun accord les modifications à la présente convention" ; que l'article 142 régle l'hypothèse où les dispositions de la convention peuvent être remplacées ou modifiées en fonction des conventions conclues entre les États membres des communautés européennes en vue de la réalisation d'un espace sans frontières intérieures ; que, dans chaque cas, est réservée l'exigence d'une ratification, d'une approbation ou d'une acceptation ;

Considérant qu'au regard des procédures de modification ainsi prévues, sur une base de réciprocité, dans le respect des règles du droit national relatives à l'introduction des traités dans l'ordre interne, l'absence de référence à une clause de retrait ne saurait constituer en elle-même un abandon de souveraineté ;

*Sur le moyen tiré de ce que la convention serait contraire au droit communautaire :*

Considérant que les auteurs de la saisine, sans prendre en compte les stipulations de l'article 134 de la convention, estiment qu'il n'est pas établi qu'elle soit conforme au droit communautaire ;

Considérant qu'il n'appartient pas au Conseil constitutionnel, lorsqu'il est saisi en application de l'article 61 de la Constitution, d'apprécier la conformité d'un engagement international aux stipulations d'un traité ; que, dès lors, il n'y a pas lieu d'examiner si la convention dont la loi déferée autorise l'approbation serait contraire au traité instituant la Communauté économique européenne ou aux actes pris par les institutions communautaires sur le fondement de ce traité ;

*Sur les dispositions relatives au comité exécutif :*

Considérant que le titre VII de la convention institue un comité exécutif qui, indépendamment de compétences particulières qui lui sont limitativement attribuées, a pour mission générale de veiller à l'application correcte de ladite convention ; qu'en vertu de l'article 132, chacune des parties contractantes dispose d'un siège au sein du comité exécutif ; qu'il est stipulé au même article que ce comité statue à l'unanimité ;

Considérant que si la convention n'assujettit pas le comité exécutif à un contrôle juridictionnel, son institution comme la définition de ses attributions ne sont pas contraires à la Constitution dès lors qu'aucune stipulation de la convention ne confère aux décisions de ce comité un effet direct sur les territoires des parties contractantes ; que les mesures prises par les autorités françaises, à la suite des décisions dudit comité seront elles-mêmes soumises au contrôle des juridictions françaises, dans le cadre de leurs compétences respectives ;

Considérant qu'en l'espèce il n'y a lieu pour le Conseil constitutionnel de soulever d'office aucune autre question de conformité à la Constitution en ce qui concerne la loi soumise à son examen,

Décide :

Art. 1er - N'est pas contraire à la Constitution la loi autorisant l'approbation de la convention d'application de l'accord de Schengen du 14 juin 1985 entre les gouvernements des États de l'union économique Benelux, de la République fédérale d'Allemagne et de la République française relatif à la suppression graduelle des contrôles aux frontières communes.

Art. 2. - La présente décision sera publiée au *Journal officiel* de la République française.

Délibéré par le Conseil constitutionnel dans sa séance du 25 juillet 1991.

*Le président,*  
Robert BADINTER

# QUELQUES RÉFLEXIONS À PROPOS D'UNE RÉCENTE DÉCISION DU CONSEIL CONSTITUTIONNEL SUR LE STATUT DE LA CORSE

Par

Jean-Paul PASTOREL

*Maître de conférences en droit public à l'Université de Corse*

Si l'on parcourt les considérants de la décision n° 91-290 DC du 9 mai 1991 sur la loi portant statut de la collectivité territoriale de Corse, certes, on y trouvera des réponses à des problèmes -dont certains ont déchiré la doctrine- et quelques explications accompagnant ces réponses. Ceci soit à propos de la notion de peuple français, soit à propos des catégories de collectivités territoriales. D'où l'on devrait se croire autorisé, à ce stade, à conclure que ces précisions mettent un terme à de vieux débats. Malgré tout, il y a dans cette décision une source trop certaine d'amphibologie et d'ambiguïté dans les idées.

## I - LE RESPECT DU PRINCIPE D'ÉGALITÉ

Encore une fois, le juge constitutionnel a recours au principe d'égalité devant la loi pour formuler sa décision.

### A - LE CONCEPT JURIDIQUE DE PEUPLE FRANÇAIS

C'est la première question réglée par le juge constitutionnel et qui a - du point de vue de la technique du droit - apparemment, une importance relativement secondaire. Il s'agit là d'un problème d'expression de la pensée, de mise en forme, de traduction d'idée.

Les textes constitutionnels, et au-delà, la tradition républicaine française, permettent-ils d'agréer la reconnaissance de droits spécifiques à un "peuple corse", dans le cadre législatif ? La formule exacte, retenue par le gouvernement et directement inspirée d'une motion adoptée par l'Assemblée de Corse (1) est : "La République française garantit à la communauté

---

(1) La motion de l'Assemblée de Corse du 13 octobre 1988 avait le mérite de préciser le contenu de la notion de peuple corse, puisqu'elle faisait référence à l'existence d'une "communauté historique et culturelle vivante regroupant les corses d'origine et les corses

historique et culturelle vivante que constitue le peuple corse, composante du peuple français, les droits à la préservation de son identité culturelle et à la défense de ses intérêts économiques et sociaux spécifiques. Ces droits liés à l'insularité s'exercent dans le respect de l'unité nationale, dans le cadre de la Constitution, des lois de la République et du présent statut". C'est cette définition, qui est à la base de la décision du Conseil constitutionnel, qu'il faut examiner.

Contestée par le Conseil d'État -dont l'avis n° 348-853 du 25 octobre 1990 fut tant divulgué que certains députés ont, au cours des débats parlementaires, demandé au gouvernement de le publier (2)-, par les parlementaires de l'opposition et même, dans certains cas, de la majorité (notamment par les parlementaires du M.r.g. et ceux, au sein du P.s., du courant "Socialisme et République"), voire par certains membres du gouvernement (3), la notion de "peuple corse, composante du peuple français" est déclarée contraire à la Constitution, laquelle ne "connaît que le peuple français, composé de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion", en vertu du principe d'égalité des citoyens devant la loi inscrit à l'article 2 de la Constitution. On voit que le Conseil constitutionnel a pris soin de rappeler le principe de "peuple français" qui "figure depuis deux siècles dans de nombreux textes constitutionnels" et de raisonner sur le principe de l'égalité.

S'agissant de la permanence du principe de l'existence du peuple français, nombreux sont les parlementaires qui, citant Mirabeau et son aversion pour l'Ancien régime qualifié "d'agrégat inconstitué de peuples désunis", la Fête de la Fédération, ou Peguy et sa "République une et indivisible : notre Royaume de France", ont insisté sur la continuité constitutionnelle dans cette matière (4). Le Conseil lui-même a évoqué cette continuité (Cf. "depuis deux siècles") en s'appuyant sur le préambule de la Constitution, la Déclaration de 1789, confirmée et complétée par le préambule de la Constitution de 1946. Cette référence comporte un second trait : l'apport des principes dégagés par la Révolution française et

---

d'adoption : le peuple corse". L'article 1er du projet de loi ne reprend pas cette précision. Voir à ce sujet les critiques émises par G. Longuet (U.d.f.) (Doc. Ass. nat., J.O. 22 nov. 1990, p. 5851) : "Le peuple, c'est le droit du sol ou le droit du sang. Vous excluez le droit du sang et vous excluez de ce fait l'immense communauté corse qui a été contrainte par l'histoire de vivre en dehors de l'île... Mais vous privez également ceux qui y habitent, mais qui n'ont pas de lignage corse, de participer à la décision locale...", ou par Ch. Millon (U.d.f.) (Doc. Ass. nat., J.O. 3 avr. 1991, p. 665) : "Qu'est-ce qu'un français ? C'est quelqu'un qui a une langue, une histoire, un territoire, ... une volonté et enfin une nationalité. On peut devenir français ... mais comment peut-on devenir corse ?"

(2) Il est, en effet, paradoxal que le gouvernement s'autorise à divulguer une partie d'un avis du Conseil d'État pour étayer sa thèse devant la représentation nationale et refuse de communiquer les autres éléments de l'avis qui ne lui seraient pas favorables ; v. Y Gaudemet, *Le Conseil constitutionnel et le Conseil d'État dans le processus législatif*, Colloque des 21 et 22 janv. 1988 au Sénat, L.G.D.J.-Montchrestien, 1988, p. 96 et J.L. Quermonne, *Les décisions et les avis du Conseil d'État et du Conseil constitutionnel : enjeu politique*, ibidem, p. 412.

(3) D. Maus, *Le problème de la Corse*, Rev. fr. dr. constit. n° 5, 1991, p. 83.

(4) Association frse des constitutionnalistes, *La continuité constitutionnelle en France de 1789 à 1989*, Journées d'études des 16-17 mars 1989, Economica, 1990.

notamment le postulat de l'unité de l'État, transcription institutionnelle de l'unité de la nation ou du peuple (5).

Pourtant, tout au long des débats parlementaires et, a fortiori à l'appui de la saisine du juge constitutionnel, les opposants à cette notion se sont fondés sur la violation du principe d'indivisibilité de la République. Leur analyse exclut toute idée de reconnaissance du peuple corse, car il ne peut y avoir dans la République indivisible (6) qu'un seul peuple, le peuple français (7). Elle est contestée par une partie de la doctrine -il est vrai minoritaire- qui soutient que la notion de peuple est certes fondatrice de droit, mais non susceptible d'une mise en formule juridique (8). En fait, la frontière passe entre ceux pour qui le peuple [français] est entendu comme partie intégrante de la nation et joue le rôle d'organe étatique (9) et ceux qui, à l'instar de R. Carré de Malberg (10), refuse d'individualiser la souveraineté du corps national dans ses membres, c'est-à-dire aussi bien dans la totalité générale de ces membres que dans l'un d'eux en particulier (11). Si ces auteurs adoptent des partis différents sur cette question, c'est qu'ils s'opposent sur la définition du contenu de la notion de peuple ainsi que sur sa portée normative. En effet, si certains auteurs s'appliquent à définir la notion de peuple sous l'angle juridique, d'autres en ont une vision purement sociologique (12). En vérité, on peut concevoir la notion de peuple d'un point de vue ethnique -il s'agirait alors d'un ensemble d'êtres humains supposés avoir une même origine biologique ou plus simplement du "peuple réel" selon l'acception de G.

(5) R. Debbasch, *Le principe révolutionnaire d'unité et d'indivisibilité de la République*, thèse État, Aix-Marseille III, Économica, 1988.

(6) Il s'agit bien entendu de la République française, mais les sénateurs ont pu travailler sur un document particulièrement intéressant (*Le statut des îles européennes*, Serv. aff. europ.), en fait une étude de droit comparé portant sur neuf îles d'Europe. Il apparaît que la notion de peuple est reconnue par l'article 1er du statut d'autonomie des Canaries, par le préambule du statut d'autonomie des Baléares, et par l'article 1er du statut des îles Féroé. Mais l'intérêt de cette recherche réside dans la grande variété des relations entre le centre et ses îles, selon la nature des États et des régimes politiques (V. aussi, Colloque de l'Institut de la Décentralisation des 17-18 oct. 1991 à Ajaccio, "La Corse demain", C. Olivési et J.P. Pastorel, *Statut de la Corse : vers un droit commun des îles communautaires ?*, Actes à paraître).

(7) L. Favoreu, *Il faut réformer la Constitution*, *Le Monde*, 22 nov. 1990 ; A. Grosser, *Corse, "peuple" contre peuple*, *Le Monde*, 15 nov. 1990 ; F. Terré, *La voie de la dislocation*, *Le Figaro*, 21 nov. 1990 ; J. Tulard, *La nation a absorbé les peuples*, *Le Quotidien de Paris*, 22 nov. 1990 ; G. Vedel, *La sagesse des sages*, *L'Express*, n° 2080, 16-22 mai 1991.

(8) A. Demichel, *Fausse tempête pour un vrai peuple*, *Le Monde*, 22 nov. 1990.

(9) M. Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, 1929, rééd. éd. CNRS 1965, p. 44 ; J.M. Auby, *Théorie du pouvoir de suffrage en droit constitutionnel français*, *Politique*, oct. 1958.

(10) Contribution à la théorie générale de l'État, t. II, 1922, p. 357, rééd. Éd. CNRS, 1962 ; v. Esmein, *Éléments de droit constitutionnel*, éd. Larose, 1899, p. 189 ; v. aussi, G. Bacot, *Carré de Malberg et l'origine de la distinction entre souveraineté du peuple et souveraineté nationale*, 1985.

(11) D. Rousseau : *Peuple corse et constitutionnalité*, *Libération*, 21 nov. 1990. V. aussi l'opinion de J. Robert, pour qui "l'essentiel n'est pas que le peuple soit un mais que la souveraineté qu'il exprime soit une".

(12) Voir les explications fournies devant le Comité consultatif constitutionnel par P. Coste-Floret, pour qui la notion de peuple n'a pas de sens juridique, la réflexion de M. Janot, p. 383 et l'échange entre le président P. Reynaud, M.M. Blocq-Mascart et Triboulet, d'où il ressort que la définition du mot "peuple" est celle du "terme couramment employé à propos de l'Union française par la Constitution de 1946", p. 384 (séance du 12 août 1958, in Documents pour servir à l'histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 oct. 1958, t. II, p. 384, Doc. fr., 1988).

Burdeau empruntée à Puchta (13) et à l'école historique allemande de la première moitié du XIXe siècle-, d'un point de vue social - on parle du peuple par rapport aux grands de ce monde (Plèbe, Tiers-État, prolétariat...), ou d'un point de vue juridique (14). C'est cette dernière acception que le Conseil constitutionnel retient d'ailleurs : le peuple français constitue une notion normative -qui se rapproche de la nation (15)- puisque les textes constitutionnels s'y réfèrent. Sans doute faut-il s'en tenir aux enseignements de H. Kelsen (16) pour qui la question de savoir si un individu ressortit d'un État n'est pas une question psychologique, une question de sentiments, c'est une question de droit. Cela signifie aussi -ainsi que l'observe L. Favoreu (17)- que le peuple français comporte donc des effets juridiques. Du reste, il semble que les tenants de cette thèse songent aussi aux incidences internationales (18) de la notion de peuple et, notamment, aux droits consacrés par le Pacte international des droits civiques et politiques établi sous l'égide des Nations unies le 19 décembre 1966 et ratifié par la France le 29 janvier 1981. Ce "toboggan international" -pour reprendre l'expression d'A. Peyrefitte (19)- serait de nature à conduire la Corse à l'autodétermination. Peut-être faudrait-il nuancer cette présentation. Outre le fait qu'il est impossible de reconnaître au principe du droit des peuples (20) à disposer d'eux-mêmes la valeur d'une règle juridique générale (21), peut-on aller jusqu'à soutenir que le refus d'un État de reconnaître les droits d'une minorité constitue un gage suffisant pour maintenir dans la République des territoires périphériques (22), sachant que la notion de métropole n'est pas une notion constitutionnelle (23) et que rien n'empêche, a priori, la

(13) *Das Gewohnheitsrecht*, 1928.

(14) P. Mazeaud (R.p.r.), Doc. Ass. nat. 1990, J.O. 21 nov. 1990, p. 5810.

(15) À l'appui de cette thèse, voir G. Fritz, *L'idée de peuple en France*, Presses univ. Strasbourg, 1986 et J.P. Duprat, *La constitutionnalisation de la notion de peuple*, *Les Petites Affiches*, 25 août 1989. Sur ces notions, v. aussi les commentaires de R. Etien, *Jurisprudence constitutionnelle : sur le statut de la Corse*, *Rev. adm.* 1991, p. 233 et de B. Genevois, *Le contrôle de la constitutionnalité du statut de la collectivité territoriale de Corse*, *Rev. fr. dr. adm.* 1991, p. 407.

(16) *Théorie pure du droit*, traduction française de la 2e édition de la *Reine Rechtslehre* par Ch. Eisenmann, Dalloz, 1962, p. 381.

(17) La décision "Statut de la Corse" du 9 mai 1991, *Rev. fr. dr. constit.* n° 6, 1991.

(18) V. les interventions de P. Mazeaud (R.p.r.), Doc. Ass. nat., J.O. 21 nov. 1990, p. 5811 et 22 nov. 1990, p. 5855, d'A. Peyrefitte (R.p.r.), J.O. 22 nov. 1990, p. 5850 ainsi que celles de N. Catala (R.p.r.), p. 5852 et J.P. Michel (Soc.), p. 5855.

(19) Celui-ci proposa d'ailleurs de substituer à l'expression peuple corse celle de "populu corsu" qui signifie la population corse et qui est employée pour les hommes d'un village, d'une vallée ou d'une montagne, Doc. Ass. nat. 22 nov. 1990, J.O. p. 5850.

(20) Encore faudrait-il pouvoir définir exactement la notion de peuple en droit international, v. G. Scelle, *Droit international public*, éd. Domat-Montchrestien, 1944, p. 118.

(21) Dans son célèbre traité, L. Delbez (*Les principes généraux du droit international public*, 3e éd., L.G.D.J. 1964, p. 71) estime que le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes - pour lequel il nourrit quelques craintes - est sans rapport avec certains caractères objectifs d'ordre ethnique, linguistique, culturel, religieux, historique, et repose exclusivement sur la volonté du groupe social ; v. aussi, P. Reuter, *Droit international public*, *Thémis*, P.U.F., 6e éd., 1983, p. 49.

(22) V. à ce sujet l'observation de R. Debbasch sur l'échec du principe d'unité lors de la sécession de la Corse après la Consulta de Corté le 27 mai 1793 et celle du 11 juin 1794, *op. cit.*, p. 273. V. aussi, D. Carrington, *Sources de l'histoire de la Corse au Public record office de Londres avec 38 lettres inédites de P. Paoli*, La Marge, 1983.

(23) Janot, v. Comité consultatif constitutionnel, séance du 12 août 1958, in Doc. pour servir... vol. 2, p. 427.

transformation du statut de la Corse en territoire d'outre-mer (24). Pourtant, le juge constitutionnel incline à fonder son argumentation sur la violation de l'article 2 de la Constitution, c'est-à-dire du principe d'égalité. Il est légitime de s'interroger sur ce choix (25), d'autant qu'en 1982, dans sa décision sur le statut particulier de la Corse, le Conseil s'était référé au principe d'indivisibilité (26) dont la valeur constitutionnelle a été reconnue en 1976 (27). Si la Haute juridiction s'est engagée dans cette voie, c'est parce qu'elle devait concilier deux notions contradictoires : l'unicité du peuple français et l'existence des peuples d'outre-mer déduite de l'alinéa 2 du préambule de la Constitution (28). Compte tenu de l'évolution de la jurisprudence du Conseil, deux hypothèses pouvaient être rencontrées. La première était celle de la neutralisation de la notion de peuples d'outre-mer (29), sachant que ces peuples sont dans la République (30) -ce que confirme l'article 72 de la Constitution- et que l'idée de composante du peuple français ne peut être accueillie (31). La seconde consistait à reprendre la très fameuse doctrine

---

(24) À l'appui de cette thèse, v. T. Michalon, *L'autonomie et la Constitution, Éléments pour un débat*, Rev. sc. adm. Méditerranée Occidentale, n° 26-27, 1989. V. aussi l'opinion opposée du Professeur L. Favoreu, in *Il faut réformer la Constitution*, Le Monde, 22 nov. 1990, qui considère que ne peuvent être considérés comme territoires d'Outre-mer que les territoires auxquels il a été offert, en 1958, de sortir de la République. L'examen de la jurisprudence du Conseil constitutionnel ouvre cependant, nous semble-t-il, de larges possibilités en l'occurrence.

(25) Le Conseil aurait pu tout aussi bien se fonder sur l'alinéa 2 du préambule de la Constitution et sur l'article 74 dont l'obligation faite à la République de "tenir compte des intérêts propres" des territoires d'outre-mer ne peut s'appliquer, en l'état, à la Corse. Or, l'article 1er du projet de loi imposait à la "République française" de garantir au peuple corse des "droits" liés à "ses intérêts spécifiques". Sur quelle base constitutionnelle une telle reconnaissance peut-elle en effet reposer ? V. Doc. Ass. nat., M. Crepeau (Soc.), J.O. 22 nov. 1990, p. 5853.

(26) Décis. n° 82-138 DC du 25 févr. 1982 ; v. P. Ferrari, *Le nouveau statut de la Corse*, A.J.D.A. 1982.344 ; T. Michalon, *Le statut de la Corse et la périphérie de la République*, Rev. sc. adm. Méditerranée Occidentale, n° 11-12, 1985 ; J. Morand-Deville, *Commentaire de la loi du 2 mars 1982, Les Petites Affiches*, 31 mars 1982 ; J. Robert, *La décentralisation et la Corse devant le Conseil constitutionnel. L'intégrité du territoire*, Le Monde, 16 févr. 1982.

(27) Décis. 76-71 DC., 29-30 déc. 1976, R. p. 15.

(28) Une ambiguïté, soulignée par B. Genevois (*La jurisprudence du Conseil constitutionnel, principes directeurs*, p. 323, éd. Sth, 1988), demeure sur le point de savoir si l'accent doit être mis soit sur l'application aux seuls territoires d'outre-mer du principe de la libre détermination soit sur l'énoncé en tant que tel du principe de la libre détermination des peuples.

(29) Dans sa décision n° 91-291 DC du 6 mai 1991 sur la réforme de la dotation globale de fonctionnement, le Conseil constitutionnel a fait prévaloir l'article 34 de la Constitution sur l'article 14 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen.

(30) La rédaction du 12e considérant, faisant notamment référence à la distinction entre le peuple français français et les peuples d'outre-mer fait écho à l'inquiétude que manifestait P.H. Teitgen, lors de l'élaboration de la Constitution à propos de la distinction proposée entre la République et les peuples des territoires d'outre-mer. V. aussi, les contributions de B. Asso, J.M. De Forges, et J. Rideau, in *La Nouvelle-Calédonie, la stratégie, le droit et la république*, Pedone, 1985. V. enfin, l'arrêt d'Assemblée du Conseil d'État Nicolo du 20 oct. 1989 qui déduit des articles 2 et 72 de la Constitution que "les D.O.M.-T.O.M. font partie intégrante de la République française".

(31) À l'appui de la neutralisation de la notion de peuple des territoires d'Outre-mer, V. les débats à la commission du Conseil d'État chargée de l'examen du projet de réforme constitutionnelle (25-26 août 1958) : la notion de peuple semble réservée aux territoires appelés à devenir membres de la Communauté et non aux territoires qui, statutairement, font partie de la République (V. Doc. pour servir à..., t. III, p. 44 et s., Doc. frse, 1991).

développée par R. Capitant et donc à considérer les peuples des territoires d'outre-mer dans une situation transitoire, puisque ceux-ci ont vocation à se prononcer sur leur statut et n'ont pas perdu, à l'expiration du délai de quatre mois prévu à l'article 91 de la Constitution, le droit de libre détermination envisagé par l'article 76 (32). C'est cette dernière interprétation que le Conseil constitutionnel a, semble-t-il, entendu retenir. Il est significatif que celui-ci ait ressuscité l'article 76 de la Constitution, en se référant, pour la première fois, à cet article pour fonder l'organisation particulière des territoires d'outre-mer (33). Ce raisonnement permet de concilier l'unicité du peuple français et l'existence des peuples d'outre-mer, dans la mesure où le principe d'égalité, évoqué pour justifier l'unicité du peuple français, est relatif (34) et ne s'applique que dans des situations identiques, ce qui ne saurait être le cas à l'égard de l'organisation particulière des territoires d'outre-mer.

Mais l'analyse révèle une seconde dimension : une précision utile est apportée par le Conseil sur le droit à sécession. Nous savons que, reprenant la doctrine Capitant, le Conseil a donné à l'article 53 de la Constitution une interprétation extensive, notamment à travers ses décisions du 30 décembre 1975 et du 2 juin 1987. Il était cependant permis de s'interroger sur la nature des territoires susceptibles d'être soumis à son application (35). Doit-on désormais accorder, au regard de la récente décision du Conseil du 9 mai 1991, que le droit de libre détermination est réservé aux "peuples d'outre-mer" - sans autre forme de précision ? Doit-on entendre par peuples d'outre-mer, les peuples des territoires d'outre-mer (36) ? La formulation du 12e considérant autorise cette hypothèse.

Un autre élément plaidait en faveur de l'utilisation du principe d'égalité : la volonté, quelles que fussent les précautions prises par le gouvernement (37), de prévenir les risques de contagion, c'est-à-dire la reconnaissance d'autres "composantes", régionales (38) ou même confessionnelles (39), à un moment où la France est confrontée au lancinant problème de

(32) J.C. Mestre, L'indivisibilité de la République française et l'exercice du droit d'autodétermination, R.D.P. 1976, p. 431 ; v. aussi, F. Borella, L'évolution des territoires relevant du ministère de la France d'outre-mer et la loi-cadre Defferre, Penant, 1956 ; P. BON, Les collectivités territoriales de métropole et d'outre-mer, in Colloque du 30e anniversaire de la Constitution du 4 oct. 1958 sur l'écriture de la Constitution, Aix-en-Provence, 8-10 sept. 1988.

(33) V. L. Favoreu, La décision "Statut de la Corse" du 9 mai 1991, p. 312, article précité.

(34) V. aussi, J. Rivero, in Rapport sur les notions d'égalité et de discrimination en droit public français, Travaux de l'Assoc. H. Capitant, t. XIV, p. 351, et l'explication de B. Genevois sur la force du principe d'égalité à un certain degré d'abstraction, in Rev. fr. dr. adm. 1991, p. 410.

(35) La question était de savoir si l'application de l'article 53 était réservée aux territoires d'outre-mer, conformément à l'alinéa 2 du préambule de la Constitution, ou pouvait être étendue à d'autres territoires. Voir, B. Genevois, La jurisprudence du Conseil constitutionnel, op. cit., p. 323 ; L. Hamon, D. 1976, p. 451 ; D. Rousseau, Droit du contentieux constitutionnel, Montchrestien, 1990, p. 199 ; D. Turpin, Contentieux constitutionnel, P.U.F., 1986, p. 118 ;

(36) Chr. Houteer, Le Conseil constitutionnel et la notion de peuple corse, Les Petites Affiches, 21 juin 1991, p. 15.

(37) La reconnaissance de droits au peuple corse, envisagée dans le projet de loi, était liée à "l'insularité".

(38) Cette crainte était attisée par les perspectives d'intégration européenne et la création de grandes régions inter-étatiques (Catalogne, Alsace-Bade Wurtemberg...), v. Doc. Ass. nat., Ch. Millon (U.d.f.), 3 avr. 1991, J.O., p. 666.

(39) V. Doc. Ass. nat., É. Zuccarelli (Soc.), J.O. 21 nov. 1990, p. 5826.

l'intégration des immigrés (40). "Dans la Constitution, il n'y a qu'un seul peuple au singulier et des populations au pluriel ! Oui, c'est cela la France, et ce n'est que cela !" (41) s'écriera le député Pierre Mazeaud (R.p.r.), adversaire déterminé du projet de loi.

Quel sens doit-on finalement attacher à la censure totale par le Conseil de l'article 1er ? On lit, sous la plume de B. Genevois (42), qu'il y aurait eu quelque excès à considérer que la loi, privée de cet article, ne devait pas être adoptée. En fait, sans remettre en cause le pouvoir discrétionnaire dont dispose le Conseil dans la détermination du caractère inséparable des dispositions institutionnelles (43), il n'est pas possible d'occulter les débats auxquels la discussion du projet de loi a donné lieu devant le Parlement, et ceci d'autant mieux que le Conseil s'est expressément référé "aux informations fournies lors des débats parlementaires" à propos de la refonte des listes électorales. C'est en procédant à ce travail, c'est-à-dire en remontant à l'exposé des motifs (44) et aux débats parlementaires (45), que l'on prend conscience du caractère déterminant et essentiel de l'article 1er sur l'ensemble du texte, de son rôle de pivot. Nous ne dirons jamais assez que le débat sur le statut de la Corse a été largement réduit à la question de la reconnaissance du peuple corse (46). Aussi, l'on peut se déclarer dérouter par le 14e considérant de la décision du Conseil qui ne retient pas le caractère inséparable de cet article avec l'ensemble du texte de loi, et souscrire à l'analyse de notre

(40) V. À l'occasion de la remise de son premier Rapport au Premier ministre, le Haut Conseil de l'intégration s'est nettement prononcé contre la "constitution de communautés d'origines déterminées" et a affiché sa préférence pour le renforcement de l'unité nationale, Bull. quotidien, 19 févr. 1991 ; Voir aussi les interventions de parlementaires de l'Outre-mer pour qui la cohésion nationale constitue un rempart contre l'éclatement du tissu social du fait de l'existence de nombreuses composantes raciales.

(41) V. Doc. Ass. nat., J.O. 3 avr. 1991, p. 689.

(42) Rev. fr. dr. adm. 1991, p. 407 et s., article précité.

(43) V. G. Drago, L'exécution des décisions du Conseil constitutionnel, l'effectivité du contrôle de constitutionnalité des lois, thèse Paris II, Economica, 1991, p. 113.

(44) Doc. Ass. nat., n° 1692, le s° 1990-91, projet de loi portant statut de la collectivité territoriale de Corse présenté au nom de M. Rocard Premier ministre par P. Joxe, ministre de l'Intérieur, p. 6.

(45) Doc. Ass. nat., 21 nov. 1990, J.O. p. 5809, à propos de l'exception d'irrecevabilité soutenue par P. Mazeaud (R.p.r.) qui considère que "l'article 1er est fondamental puisqu'il commande pratiquement toutes les dispositions" ; v. aussi, Doc. Ass. nat. Ph. Marchand, ministre de l'Intérieur, 3 avr. 1991, J.O. p. 693 : "Pourquoi avoir inscrit cette notion dans la loi ? Précisément parce que sa mention fonde la spécificité du statut et témoigne de notre volonté de garantir des droits. Voilà pourquoi cette notion de peuple corse, composante du peuple français, est inscrite à l'article 1er". À la suite d'une intervention de Ch. Millon (U.d.f.), le ministre de l'Intérieur précise ses intentions : "La notion de peuple corse est nécessaire à la spécificité du statut. Je l'ai dit et je le maintiens" ; v. aussi, la question préalable déposée au Sénat, lors de la discussion en deuxième lecture, par J. Larche, au nom de la commission des lois, Doc. Sénat, 11 avr. 1991, J.O. p. 441 et s. et l'intervention de F. Giocobbi (R.d.e.), J.O. p. 431.

(46) Lors des débats parlementaires, seul le rapporteur du projet de loi à l'Assemblée nationale, J. Rossi (U.d.f.), lui-même à l'origine d'une proposition de loi déposée le 10 septembre 1990 et sensiblement identique au texte du projet gouvernemental, a minimisé la portée de l'article 1er. L'opinion publique insulaire a, de son côté, été largement sollicitée par les instituts de sondage sur cette question : 48% contre 26% selon B.V.A. les 4 et 5 janvier 1991 et 51% contre 37% selon L. Harris les 22 et 24 janvier 1991 d'un échantillon de résidents corses se sont prononcés pour cette formulation. Après la décision du Conseil constitutionnel du 9 mai 1991, 30% des résidents corses interrogés par Hélios consultants-La Corse-Paris-Match, du 27 mai au 4 juin 1991, approuvent la censure de l'article 1er, 29% la déplorent, et 30% ne se prononcent pas.

collègue C. Olivesi pour qui le Conseil aurait du censurer l'ensemble du texte (47).

## B - LES AUTRES RÉFÉRENCES AU PRINCIPE D'ÉGALITÉ

Au-delà de l'article 1er, dans quelle mesure le projet de loi s'accorde-t-il avec le principe d'égalité défendu par le Conseil constitutionnel ? En plusieurs endroits, la Haute juridiction s'est attachée à contrôler le respect de ce principe.

Elle censure d'abord l'édition par le projet de loi d'une incompatibilité spécifique aux élus de Corse, en l'occurrence entre les mandats de conseiller à l'Assemblée de Corse et de conseiller général (48). Pour le juge constitutionnel, le projet de loi "place sur le même plan, au regard de la réglementation générale des cumuls, le mandat de conseiller à l'Assemblée de Corse et celui de conseiller régional (49)". Il en résulte une méconnaissance du principe d'égalité dans la mesure où le cumul des mandats de conseiller général et de conseiller régional est autorisé sur l'ensemble du territoire de la République. Une nouvelle fois, le Conseil se réfère au principe d'égalité alors que, dans un cas semblable (50), il s'était déterminé en fonction du principe d'indivisibilité (51). La motivation adoptée par le Conseil se fonde sur l'absence de "justification tirée de la spécificité de la collectivité territoriale de Corse". Qu'il nous soit permis de nous interroger sur ce 23e considérant. En effet, à deux reprises, dans les 33e et 42e considérants, le Conseil a reconnu les caractères spécifiques et les particularités de la Corse. Compte tenu de la transformation de la Corse en collectivité territoriale sui generis, il n'est pas exagéré de dire que celle-ci n'est pas de nature à être assimilée à un conseil régional. D'autant plus, qu'ainsi que l'observe très bien B. Genevois, une autre collectivité territoriale sui generis dispose d'un régime d'incompatibilité spécifique (52) : il s'agit de Paris.

Par ailleurs, le Conseil constitutionnel justifie un aspect très critiqué du projet de loi, à savoir le principe de la refonte des listes électorales des

(47) C. Olivesi, Motivations gouvernementales pour une réforme, *Rev. fr. dr. adm.* 1991, p. 706 ; v. aussi, F. Luchaire, Le statut de la collectivité de Corse, *Rev. dr. publ.* 1991, p. 943.

(48) Cette incompatibilité adoptée par l'Assemblée nationale, en première lecture, sur amendement présenté par le rapporteur J. Rossi (U.d.f.), a été motivée par la crainte de voir l'Assemblée de Corse transformée en "une sorte de super conseil général" (Doc. Ass. nat., 22 nov. 1990, J.O. p. 5883) et le souhait de "donner leurs chances à de nouveaux élus" (Doc. Ass. nat., 3 avr. 1991, J.O. p. 667) : une dizaine environ de conseillers généraux sont également conseillers à l'Assemblée de Corse.

(49) V. les propos tenus par le sénateur F. Giacobbi (R.d.e.) à l'adresse du ministre de l'Intérieur : "Vous violez le principe d'égalité lorsque vous créez une incompatibilité entre les fonctions de conseiller général et de conseiller régional en Corse ... qui n'existe nulle part ailleurs" (Doc. Sénat, 11 avr. 1991, J.O. p. 431). Il est intéressant de noter que nombre de parlementaires s'emploient à ne pas tirer les conséquences de la création d'une nouvelle catégorie de collectivité territoriale et à assimiler systématiquement la nouvelle collectivité de Corse à un conseil régional de droit commun.

(50) Décis. 84-177 DC et 84-178 DC du 30 août 1984, R. p. 66 et 69.

(51) V. les observations de B. Genevois, in *Rev. fr. dr. adm.* 1991, p. 412 et s., article précité.

(52) Loi n° 76-394 du 6 mai 1976. Voir aussi sur la compatibilité du mandat de conseiller général d'un département et de celui de conseiller de Paris, C. Goyard, note sous C.E., 14 mars 1980, A.J.D.A. 1980, p. 532.

communes de Corse (53). En réalité, nous ne pouvons que souscrire à la remarque du Conseil, en son 41<sup>e</sup> considérant, selon laquelle "la législation électorale ne confère pas aux citoyens une totale liberté de choix de leur lieu d'inscription sur les listes électorales". Ce principe résulte d'une jurisprudence constante (54). Cette règle bien établie ne déroge pas au respect du principe d'égalité. Ce que le Conseil affirme en rappelant que le "principe d'égalité ne s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général pourvu que, dans l'un et l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport avec l'objet de la loi qui l'établit". C'est pourquoi nous ne pouvons accueillir les observations de ce parlementaire selon lequel la reconstitution des listes électorales ne peut être envisagée que pour toute la France, comme après la Seconde guerre mondiale (55). En effet, outre le fait que cette reconstitution générale s'expliquait par la reconnaissance de l'électorat des femmes du fait de l'ordonnance du 21 avril 1944, et par les importants déplacements de population consécutifs à la Guerre, on ne peut pas passer sous silence les révisions limitées édictées, après Guerre, dans les Établissements français de l'Inde (24 nov. 1949), dans les départements d'Outre-mer (16 déc. 1950) et dans les territoires d'Outre-mer (23 mai 1951) (56). Du reste, et même si le Conseil constitutionnel n'a pas eu à se prononcer dans ces hypothèses, il s'est produit dans l'histoire électorale française récente que des renouvellements de l'Assemblée nationale ne se fassent pas de manière intégrale. Cependant, la motivation proposée par la Haute Juridiction marque une certaine gêne : en effet, la différence de traitement est justifiée par le Conseil par "la situation particulière des listes électorales des communes de Corse telle qu'elle ressort des informations fournies lors des débats parlementaires". Or, s'il est vrai que les listes électorales des communes de Corse présentent des particularités notoirement extravagantes (57), ces excès n'ont en rien été démontrés lors des débats parlementaires (58) -ce n'était d'ailleurs pas le lieu- et aucun lien de causalité

(53) La refonte des listes électorales est annoncée par P. Joxe, ministre de l'Intérieur, dès le 21 juillet 1988, dans un discours prononcé à l'Assemblée de Corse, v. *Le Monde*, 23 juil. 1988. Déjà en 1981, à la veille de la mise en place du statut particulier, une opération de contrôle exceptionnel des listes électorales a été menée par les préfetures de Corse avec le concours de l'INSEE et du centre régional de traitement de l'information : cette opération avait permis la radiations de 5.500 des 206.000 électeurs inscrits à l'époque et la correction des indications d'état civil pour 45.000 électeurs, ainsi que la rectification de 22.000 adresses.

(54) Décis. 21 juin 1978, Ass. nat. Hérault, 1<sup>e</sup> circonscription, R. p. 166.

(55) F. Giacobbi, Doc. Sénat, 11 avr. 1991, J.O. p. 431.

(56) Nouveaux suppléments au Traité de droit politique, électoral et parlementaire d'Eugène Pierre, t. II, La IV<sup>e</sup> Rép., rassemblés par J. Lyon, Doc. frse, 1990, p. 151.

(57) Le Tribunal administratif de Bastia a jugé, à la suite des élections municipales de 1983, qu'environ le tiers des électeurs inscrits sont irrégulièrement inscrits. V. aussi, la réponse du ministre de l'Intérieur à une question du député E. Raoult (R.p.r.), Ass. nat., [Q] 25 mars 1991, p. 1234, sur le palmarès de la fraude électorale, où l'on trouve en tête, pour s'en tenir aux élections municipales, la Haute-Corse, l'Aisne et la Corse-du-Sud (v. D. Maus, Rev. fr. dr. constit. n° 6, 1991, p. 278).

(58) Aucune statistique, aucun élément précis, n'ont été avancés lors des débats parlementaires. En aucun cas, des assertions du genre "il est clair que dans les communes corses de l'intérieur, 30 à 40% des électeurs inscrits ne remplissent aucune des trois conditions prévues par le Code électoral" (Doc. Ass. nat., J. Rossi, rapporteur, 3 avr. 1991, J.O. p. 660), ou "dans un village, à l'intérieur des terres, vous avez 300 électeurs pour 100 habitants" (même référence), ou "sur l'une de ces listes, on dénombre 571 électeurs pour 92

avec d'éventuelles fraudes n'a pu être prouvé (59). En vérité le véritable problème est ailleurs (60) : c'est celui de l'inscription sur les listes électorales des non-résidents (61), que la refonte prévue, en admettant qu'elle soit correctement effectuée, ne modifiera pratiquement pas (62). D'une part, les conditions d'inscription restent les mêmes (articles L. 11 à L. 14 du Code électoral) (63), d'autre part, dans quelques années, du fait du maintien du principe de la permanence des listes, l'on se heurtera aux mêmes errements. Non, les seules réponses efficaces résident soit dans la formule du recensement annuel à domicile des électeurs comme en Grande-Bretagne (64), à tout le moins d'une refonte régulière des listes, par exemple après chaque recensement effectué par l'INSEE, soit dans la mise en œuvre du principe "on vote où l'on habite", auquel le gouvernement a fini par renoncer, après de nombreuses hésitations (65). En conséquence, la refonte des listes électorales,

---

habitants" (Doc. Ass. nat., Ph. Marchand, ministre de l'Intérieur, 3 avr. 1991, J.O. p. 662) ou encore "une telle décision [la refonte des listes] permettra de balayer les doutes qui planaient souvent après des élections" (Doc. Ass. nat., R. Le Foll, 23 nov. 1990, J.O. p. 5995), ne sont de nature à justifier des solutions particulières à une situation particulière. V. les observations de F. Goguel, Une décision d'indépendance, *Le Figaro*, 11-12 mai 1991.

(59) J.P. Pastorel, Le contentieux électoral de la Corse au Tribunal administratif de Bastia, *Rev. sc. Méditerranée Occidentale*, n° 24-25, 1988-89, p. 44.

(60) M.P. Roy, La lutte contre la fraude électorale, *A.J.D.A.* 1989, p. 355.

(61) Environ un quart des électeurs inscrits dans les communes de l'île ne résident pas en Corse. De plus, beaucoup d'électeurs habitant les villes du littoral restent inscrits dans des communes rurales de l'intérieur : dans la circonscription de Corté, au 13 juillet 1989, seulement 24.256 (soit 65,7%) inscrits sur 36.930 résident dans leur commune d'inscription. Dans certains cantons ruraux, les chiffres sont encore plus significatifs : ainsi, dans le canton d'Orezza-Alezani, 27% des inscrits résident dans la commune d'inscription. Seule une réforme électorale globale aurait été susceptible de modifier cette situation. Or, le gouvernement a abandonné son projet destiné à réserver le droit de vote aux seuls résidents.

(62) Ph. Marchand, ministre de l'Intérieur, rappelle cependant que la refonte des listes permet de traiter des stocks, "qui sont très importants en Corse", alors que la révision des listes ne permet de traiter que des flux. "C'est la raison - explique le ministre - pour laquelle le gouvernement s'est orienté vers une refonte plutôt que vers une révision".

(63) V. aussi, Décret n° 91-653 du 15 juillet 1991 pris pour l'application des dispositions électorales de la loi du 13 mai 1991 portant statut de la collectivité territoriale de Corse, J.O. 16 juil. 1991, p. 9278.

(64) Il reste que le système britannique comporte de nombreuses failles. Une étude a révélé plus de cinq millions d'inexactitudes sur les listes électorales, rien que pour l'Angleterre et le Pays de Galles (v. J. Leruez, Gouvernement et politique en Grande-Bretagne, Presses Fondation nat. sc. politiques & Dalloz, 1989, p. 247) : 2,5 millions d'électeurs potentiels ne sont pas inscrits et 2,6 millions sont inscrits par erreur. La plus extrême prudence s'impose donc car les techniques utilisées pour assainir les listes électorales ont souvent pour inconvénient de restreindre artificiellement le nombre d'électeurs, notamment en dissuadant bon nombre d'entre eux d'entreprendre des démarches pour se faire inscrire ou réinscrire. V. à ce sujet les craintes exprimées par J. Cadart, in *Institutions politiques et droit constitutionnel*, 3e éd., t. I, L.G.D.J., 1990, qui nous rappelle que l'un des prétextes du coup d'État du 2 déc. 1851 fut la restauration du droit de vote contre ses restrictions par la IIe République, ainsi que celles du député E. Zuccarelli, Soc., qui s'interroge sur la volonté des électeurs d'aller spontanément se faire réinscrire, in Doc. Ass. nat. 4 avr. 1991, J.O. p. 803 ; v. aussi G. Burdeau, *Traité de science politique*, t. X, La révolte des colonisés, *Économica*, 1986, p. 206. Force est d'ailleurs de constater le peu d'empressement des électeurs à se faire réinscrire sur les listes électorales : à la fin du mois d'octobre 1991, sur les 17.000 électeurs de Bastia, seulement 4000 se sont fait réinscrire et sur les 25.000 d'Ajaccio, 9000 ont effectué cette démarche : en tout, 50.000 électeurs se sont fait réinscrire sur près de 200.000 inscrits avant la refonte.

dont un sénateur a dit qu'elle "était la seule disposition du projet de loi prévoyant le retour au droit commun" (66), risque de préparer de cruels réveils. Il faut ajouter que la plus grande incertitude demeure quant aux modalités d'application de l'article L. 11-1° relatif à la notion de domicile réel interprétée par la Cour de cassation. Nous savons que l'interprétation de la loi par le Conseil constitutionnel a un caractère impératif selon l'article 62 de la Constitution (67). Cette loi peut même constituer une validation législative préventive (68). Encore faut-il que le texte soit suffisamment précis. Or, celui-ci se borne à rappeler que les nouvelles inscriptions se feront conformément aux articles susmentionnés du Code électoral. On peut donc s'interroger sur la position de la Cour de cassation à propos des présomptions découlant du principe de la permanence des listes -principe suspendu- comme, par exemple, celle du domicile d'origine. Les électeurs potentiels pourront-ils se prévaloir du domicile d'origine où ils ont acquis leurs droits électoraux au moment de leur majorité ? À s'en tenir à la stricte jurisprudence de la Cour de cassation, il semble que non (69), puisque le fait d'avoir été rayé d'une liste de la commune de son domicile d'origine entraîne, de facto, la perte du titre de domicile d'origine (70). Mais on peut tout aussi bien soutenir que le domicile d'origine peut justifier l'inscription d'un électeur à défaut de manifestation contraire de volonté de l'intéressé, c'est-à-dire tant que cet électeur n'a pas manifesté lui-même l'intention de se faire rayer des listes d'une commune pour être électeur dans une autre (71). Une polémique n'en a pas moins déjà éclaté (72). On déduira de la motivation du Conseil constitutionnel, que celui-ci accepte de déroger au principe d'égalité du fait de la différence de situation des listes électorales et au nom de l'intérêt général.

Autre illustration du principe d'égalité, l'enseignement de la langue corse. Le Conseil ne conteste pas l'élaboration par l'Assemblée de Corse -en

(65) Annoncée par P. Joxe le 20 octobre 1989, à l'occasion d'un colloque organisé à Ajaccio sur le développement économique et l'identité culturelle des îles de l'Europe, et confirmée par le comité interministériel sur la Corse du 26 octobre 1989, cette réforme électorale n'a finalement jamais vu le jour ; v. C. Olivési et J.P. Pastorel, Une nouvelle étape dans la moralisation de la vie publique : voter là où l'on habite, Les Petites Affiches, 8 août 1990.

(66) G. Allouche (Soc.), Doc. Sénat, 11 avr. 1991, J.O. p. 445.

(67) T. Renoux, Le Conseil constitutionnel et l'autorité judiciaire, l'élaboration d'un droit constitutionnel juridictionnel, thèse Aix-Marseille III, *Économica*, 1984.

(68) B. Mathieu, Les "validations" législatives, pratique législative et jurisprudence constitutionnelle, thèse Dijon, *Économica*, 1987 ; La constitutionnalité des validations législatives : certitudes et incertitudes, *Rev. fr. dr. adm.* 1989, p. 862.

(69) Le principe de la permanence des listes électorales est - en tout cas à compter du 1er mars 1992 - suspendu sur le territoire de la Corse ; il s'en suit que certaines présomptions de domicile réel qui en découlent tombent : par exemple, la présomption selon laquelle tout citoyen est présumé avoir conservé son domicile d'origine, c'est-à-dire le lieu où le citoyen acquiert ses droits électoraux au moment de sa majorité, tant qu'il ne l'a pas transporté ailleurs (v. J.C. Masclat, *Droit électoral*, P.U.F. 1989, n°29).

(70) Civ. 2e, 15 mai 1961, *Bull. civ. II*, p. 253 ; Civ. 2e, 25 févr. 1965, *Bull. civ. II*, p. 138.

(71) V. à l'appui de cette thèse, Civ. 2e, 3 mai 1961, *Bull. civ. II*, p. 219.

(72) Cette polémique oppose l'administration préfectorale et le sénateur F. Giacobbi (R.d.e.), v. sa lettre ouverte aux maires du département de la Haute-Corse et aux présidents des commissions administratives, in *Corse-Matin*, 9 août 1991 et la réponse du préfet de la Haute-Corse H. Hurand, in *Corse-Matin*, 10 août 1991 ; v. aussi, les déclarations de J.L. Perier, conseiller d'État et président de la commission chargée de contrôler l'établissement des nouvelles listes électorales, in *La Corse*, 30 août 1991.

convention avec l'État d'un plan de développement de l'enseignement de la langue et de la culture corses, prévoyant notamment les modalités d'insertion de cet enseignement dans le temps scolaire, dès lors, ajoute le Conseil, "qu'il ne revêt pas un caractère obligatoire et n'a pas pour objet de soustraire les élèves scolarisés dans les établissements de la collectivité territoriale de Corse aux droits et obligations applicables à l'ensemble des usagers des établissements qui assurent le service public de l'enseignement ou sont associés à celui-ci". En fait, le projet de loi ne mentionnait nullement le caractère facultatif ou obligatoire de cet enseignement, laissant ainsi à la nouvelle collectivité la responsabilité de déterminer la nature de cet enseignement (73). C'est ce que contestaient les sénateurs qui avaient amendé le texte en y insérant le membre de phrase suivant, à propos de l'enseignement de la langue et de la culture corses : "dont les actions éducatives complémentaires demeurent facultatives". L'Assemblée nationale ne reprendra pas cet amendement, mais le ministre de l'Intérieur a nettement expliqué, lors des débats parlementaires, que si l'enseignement est obligatoire, l'étude reste optionnelle (74), conformément à la règle universitaire (75). On pourrait là s'inspirer du sage conseil de Montesquieu selon lequel quand on veut changer les mœurs et les manières, il ne faut pas les changer par des lois, il vaut mieux les changer par d'autres mœurs et d'autres manières. Pour autant, certaines certitudes accentuées, certaines considérations péremptoires peuvent être regrettées (76). Malgré tout, il est des périodes d'instabilité des institutions et des situations sociales qui peuvent expliquer, peut-être excuser partiellement l'hésitation du législateur à se lier par des principes très stricts. Et cela d'autant plus que reste entier le problème de la conformité à la Constitution du droit local. Ainsi, par exemple, les principes constitutionnels de laïcité de la République ou de liberté de conscience ne sont-ils pas méconnus en Alsace et dans le département de la Moselle lorsqu'une formation religieuse est intégrée aux programmes scolaires depuis l'école maternelle jusqu'au baccalauréat (77) ? Il semble en fait que le refus de sanctionner le droit local s'articule autour du degré d'enracinement du droit local (78). Quoi qu'il en soit et au total, ces

---

(73) L'Assemblée de Corse, délibérant dans le cadre de l'article 27 du statut particulier relatif à son pouvoir de proposition au gouvernement, a rejeté le 21 nov. 1983 des propositions portant sur l'enseignement obligatoire de la langue corse, par 37 voix contre 23 (v. Ch. Santoni, Au cœur des débats de l'Assemblée de Corse, La Marge, 1984) ; elle a, par contre, adopté des propositions au gouvernement, le 7 févr. 1986, pour que l'enseignement soit de droit et l'étude facultative.

(74) Doc. Ass. nat. 4 avr. 1991, J.O. p. 758 ; doc. Sénat, 11 avr. 1991, J.O. p. 441.

(75) L'enseignement de la langue corse est cependant obligatoire dans toutes les filières de l'Université de Corse.

(76) V. Débats, Sénat en première lecture.

(77) P. Eckly, Droit local et Constitution, Colloque de Strasbourg des 16-17 fév. 1984 sur la situation du droit local alsacien-mosellan, L.G.D.J. 1986, p. 192 et J.F. Flauss, Le droit local alsacien-mosellan, l'épreuve de la jurisprudence constitutionnelle, Les Petites Affiches, 23 nov. 1990.

(78) Ainsi le maintien d'un régime fiscal particulier à la Corse, dont l'origine remonte aux Arrêtés Miot pris en l'An IX et au décret impérial du 24 avr. 1811 (V. L. Orsini et J.P. Pastorel, Le régime fiscal de la Corse, Actes-les cahiers d'action juridique, n° 69, 1990 ; L. Orsini, Les Arrêtés Miot, éd. La Marge, 1990 ; Le régime fiscal de la Corse, Rev. fr. finances publ. 1991, n° 33 ; J.P. Pietri, Le droit local corse, Colloque de Strasbourg des 16-17 fév. 1984 sur la situation du droit local alsacien-mosellan, op. cit., p. 180), n'est pas de nature à s'opposer au cadre constitutionnel français.

dispositions ne contiennent pas de modifications significatives et restent subordonnées au déploiement de moyens matériels. Ajoutons que, sans entrer dans l'examen approfondi d'une question particulièrement sensible (79), il faut bien convenir que le problème de la possibilité d'utiliser la langue corse dans tous les actes de la vie courante (statut de coofficialité des deux langues) n'a pas été réellement abordé (80). En jugeant que la promotion de la langue corse ne porte atteinte à aucun principe constitutionnel (37<sup>e</sup> considérant), le Conseil ne ferme pas la porte à d'éventuels aménagements ultérieurs de la question linguistique en Corse.

## II - LE REJET DE L'UNIFORMITÉ

"Du principe d'égalité découle le principe d'uniformité", explique P. Bernard (81) ; ce principe est notamment illustré par le régime des collectivités territoriales. Certaines exceptions sont certes reconnues, mais cherchant à en limiter la portée, certains auteurs ont soutenu qu'il existait un droit commun institutionnel (82), une identité institutionnelle selon l'expression de L. Favoreu. D'autres au contraire ont adopté des vues plus nuancées. L'éclairage apporté par la décision du Conseil constitutionnel est de nature à répondre aux diverses interrogations. Selon les premiers, il s'agit d'un revirement de jurisprudence, d'une interprétation neuve des textes constitutionnels (83), selon les seconds, la confirmation d'une jurisprudence déjà bien établie du Conseil constitutionnel (84).

### A - UNE ORGANISATION SPÉCIFIQUE À CARACTÈRE ADMINISTRATIF

D'abord, l'on pouvait s'interroger sur la possibilité d'ériger la Corse en une catégorie sui generis de collectivité territoriale en dehors du droit commun des régions et surtout sur le contenu du régime applicable à cette nouvelle collectivité. S'agissant de la première interrogation, l'on imaginait difficilement un revirement de la jurisprudence du Conseil constitutionnel. On pouvait donc soutenir, sans risque important d'erreur, qu'il était loisible au législateur de créer une nouvelle catégorie de collectivité territoriale, conformément à l'article 72 de la Constitution, en un exemplaire unique et même en métropole (85). Encore que certains auteurs (86) ont soutenu que la Corse faisait partie de la France des départements et non de la France des territoires et qu'à ce titre, elle ne pouvait s'éloigner du droit commun des

(79) Cette question sera étudiée dans le cadre d'un colloque organisé à l'automne 1991, à Corté, pour le 10<sup>e</sup> anniversaire de l'Université de Corse.

(80) Cette question a fait l'objet d'un amendement présenté par le groupe communiste à l'Assemblée nationale, amendement qui fut rejeté (Doc. 23 nov. 1990, J.O. p. 5954).

(81) L'État Républicain au service de la France, *Économica*, 1988, p. 62.

(82) L. Favoreu et L. Philip, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, 5<sup>e</sup> éd., 1989, p. 322.

(83) L. Favoreu, *La décision "Statut de la Corse" du 9 mai 1991*, article précité.

(84) B. Genevois, *Le contrôle de la constitutionnalité du statut de la collectivité territoriale de Corse*, article précité.

(85) Décis. n°82-138 DC du 25 févr. 1982, R. p. 41, R.D.P. 1982, p. 1259, comm. L. Favoreu, *Rev. adm.* 1982, p. 382, comm. R. Etien, *Pouv.* n° 22, chr. p. 177 ; v. aussi le commentaire de J. Robert, *La décentralisation et la Corse devant le Conseil constitutionnel*, *Le Monde*, 16 févr. 1982.

(86) L. Favoreu, *Il faut réformer la Constitution*, article précité.

régions (87). La seconde interrogation présentait, elle, plus de difficultés, puisqu'elle touche au problème des limites de la décentralisation. La doctrine classique soutenait que la création de collectivités territoriales à statut particulier était en quelque sorte enchâssée dans de strictes limites. Cette position pouvait s'établir notamment sur ce considérant de la décision du Conseil du 25 février 1982 relative à la Corse : "dans l'état actuel de la définition des attributions respectives des autorités décentralisées et des organes de l'État, la loi ne comporte pas de disposition qui puisse en tant que telle être regardée comme portant atteinte au caractère indivisible de la République et à l'intégrité du territoire national". Pour autant, et ainsi que l'explique D. Rousseau (88), "il n'en serait plus de même ... si la prise en compte du particularisme conduisait le Parlement à définir un statut érigeant une collectivité territoriale en État autonome à l'intérieur de la République". Cette idée a été exprimée très concrètement par un député socialiste (89) : selon ce parlementaire, les limites extrêmes de la décentralisation, la frontière à ne pas franchir est celle qui passe entre État divisible et État indivisible, et cette frontière se détermine par référence à deux critères : l'existence d'un pouvoir normatif autonome et la compétence du législateur dans la répartition des compétences entre l'État et la collectivité territoriale (90). Cette position fut aussi la doctrine du gouvernement : le projet de loi ne comportait pas, selon lui, de trace de pouvoir normatif autonome et les pouvoirs qu'il confie à l'Assemblée de Corse n'empiétaient pas sur les compétences du Parlement. Cependant, cette conception implique la possibilité pour le législateur d'instituer des régimes très variés et très divers d'administration territoriale. Or, les décisions du Conseil constitutionnel faisaient l'objet d'interprétations contradictoires et la doctrine restait divisée sur cette question. Pour certains auteurs (91), le Conseil ne retient ni l'idée "d'unité communale" (92) ni celle "d'unité régionale" ; pour d'autres (93), en dehors de quelques adaptations mineures, les collectivités territoriales, autres que les territoires d'Outre-mer, doivent être organisées selon un schéma institutionnel commun. Il faut avouer que prendre parti entre ces deux interprétations était difficile et peu évident. C'est pourquoi l'Université de Corse a cru utile d'organiser un colloque dès le mois de septembre 1990 -c'est-à-dire avant même de connaître le projet de loi du gouvernement-, à Ajaccio (94), en vue, notamment, de réfléchir à cette question. Il ressort de ces travaux deux constatations. D'une part, et conformément à la jurisprudence du 25 février 1982 et du 2 décembre 1982 du Conseil, dans le cadre des régions, un statut particulier ne peut pas

---

(87) Cette opinion a été résumée lors des débats parlementaires par l'un de ceux qui ont le plus contribué à la promouvoir, J.P. de Rocca-Serra (R.p.r.) président actuel de l'Assemblée de Corse depuis 1984 : "Nul n'ignore que l'article 72 de la Constitution a été appliqué à Paris, mais qui a jamais pu craindre que Paris ne fasse un jour sécession ?" (Doc. Ass. nat. 21 nov. 1990, J.O. p. 5827).

(88) Droit du contentieux constitutionnel, op. cit., p. 197.

(89) M. Dolez, Doc. Ass. nat. 21 nov. 1990, J.O. p. 5815.

(90) Doc. Ass. nat. 21 nov. 1990, J.O. p. 5814 et s.

(91) D. Rousseau, Droit du contentieux constitutionnel, op. cit., p. 197.

(92) Décis. 82-149 DC du 28 déc. 1982, R. p. 76, A.J.D.A. 1983, p. 129.

(93) L. Favoreu, La décision "Statut de la Corse" du 9 mai 1991, article précité, p. 310.

(94) Actes du colloque des 20 et 21 sept. 1990 "Des réformes ! Quelles réformes institutionnelles pour la Corse ?" organisé par le Centre d'analyse juridique et politique de l'Université de Corse, Rev. sc. adm. Méditerranée Occidentale, n° 29-30, 1990.

trop s'écarter du schéma de droit commun (95). En érigeant la Corse en collectivité territoriale sui generis, le législateur écarte donc la menace de censure qui n'aurait pas manqué de résulter du choix soit en faveur de la définition d'un statut original à l'intérieur de la catégorie des régions, soit en faveur d'un statut de département d'Outre-mer (96). Deuxième observation, la création d'une nouvelle catégorie de collectivité territoriale n'autorise pas le législateur à "faire n'importe quoi", autrement dit, il ne peut se soustraire au nécessaire respect des prérogatives constitutionnelles de l'État (97). Doivent donc être respectés les principes de libre administration des collectivités locales (98) et les prérogatives constitutionnelles de l'État. En conclusion, le Professeur J. Gicquel rappela que si le Conseil se veut un gardien de l'ordre constitutionnel, il n'est pas cependant l'adversaire de toute évolution (99). C'est cette voie que le Conseil a choisi d'emprunter. Dans son 19e considérant, il confirme la liberté du législateur de créer une nouvelle catégorie de collectivité territoriale et de la doter d'un statut spécifique, dès lors qu'il respecte les règles et principes de valeur constitutionnelle, et notamment le principe de libre administration des collectivités territoriales et les prérogatives de l'État, donc l'article 72 de la Constitution dans toute sa plénitude. Après avoir posé cette formule, le Conseil constate que le législateur s'est conformé à ces principes. Il censure cependant une disposition organisant au profit des parlementaires de l'île une information sur tout projet de loi soumis pour avis à l'Assemblée de Corse ainsi que sur toute proposition de modification de la législation émanant de l'Assemblée de Corse. De telles prérogatives sont contraires aux articles 3 et 27 de la Constitution. Représentant du peuple tout entier, de la "nation entière" pour reprendre la formule fameuse de la Constitution de 1791 (Titre III, Chap. I, Sect. 3, art. 7) (100), aucun membre du Parlement ne peut bénéficier, en raison de son élection dans une circonscription déterminée, de prérogatives particulières. D'autres dispositions sont déclarées non conformes à la Constitution : les alinéas 2, 6 et 7 de l'article 26 du statut conférant à l'Assemblée de Corse le pouvoir d'enjoindre au Premier ministre de donner une réponse dans un délai déterminé à une proposition de modification de la législation ou de la réglementation - pouvoir que ne possède même pas le Parlement (101) ; les paragraphes III et VI de l'article 78 qui empiétaient sur le domaine exclusif d'intervention des lois de finances. Par contre, le mode de

(95) V. la contribution de A. Demichel, "Analyse et tendances pour une réforme", in colloque d'Ajaccio, op. cit., p. 121.

(96) V. à ce sujet : T. Michalon, *La Corse entre décentralisation et autonomie, vers la fin des catégories ?*, Rev. dr. publ. 1991, p. 720.

(97) V. la contribution de D. Rousseau, "La constitutionnalité d'un statut propre à la Corse", in colloque d'Ajaccio, op. cit., p. 63.

(98) S/d J. Moreau et G. Darcy, *La libre administration des collectivités locales, réflexion sur la décentralisation*, *Economica*, 1984 ; C. Bacoyannis, *Le principe constitutionnel de libre administration des collectivités territoriales*, thèse Aix-Marseille III, 1989 ; Chr. Houteer, *Recherches sur les bases constitutionnelles de la décentralisation territoriale*, 2 t., thèse Toulouse, 1987 ; F. Luchaire, *Les fondements constitutionnels de la décentralisation*, R.D.P. 1982, p. 1558.

(99) V. l'excellent rapport de synthèse de J. Gicquel, in colloque d'Ajaccio, op. cit., p. 129.

(100) Sur cette question ainsi que sur l'interdiction du mandat impératif, v. J. Laferrière, *Manuel de droit constitutionnel*, Domat-Montchrestien, 2e éd. 1947.

(101) Décis. n° 66-7 DC du 21 déc. 1966, R. p. 37 ; décis. n° 76-73 DC du 28 déc. 1976, R. p. 41 ; décis. n° 78-102 DC du 17 janv. 1979, R. p. 26.

participation des conseillers à l'Assemblée de Corse, élus désormais dans un cadre territorial et non plus départemental, à l'élection des sénateurs des départements de Corse n'est pas remis en cause par le Conseil ; celui-ci admet que le fait que les sénateurs soient élus dans le cadre départemental ne fait pas obstacle à ce que des délégués de collectivités territoriales autres que le département participent au collège électoral sénatorial et précise que l'organisation de ces modalités n'est pas subordonnée à l'adoption préalable d'une loi organique. Désormais, il n'est plus exigé que chaque catégorie de collectivité territoriale dispose d'une représentation propre. Cette dernière question, qui a déjà fait l'objet de controverses dans le passé (102), s'inscrit aussi -ainsi que le souligne dans son commentaire le Professeur Favoreu- dans la même perspective de renonciation à l'exigence d'identité institutionnelle.

#### B - UNE ORGANISATION À LA LISIÈRE DE L'ARTICLE 74 ?

L'un des enjeux de la décision du Conseil constitutionnel était aussi de savoir si le législateur pouvait doter une collectivité territoriale métropolitaine d'un statut dont le volet institutionnel va, pour reprendre l'expression d'un parlementaire (103), "jusqu'à la lisière de l'article 74 de la Constitution", qui permet une organisation particulière des seuls territoires d'Outre-mer (104). La question posée par les auteurs de la saisine était de savoir si la frontière entre l'article 72 et l'article 74 de la Constitution n'était pas franchie, si le statut de la Corse ne s'apparentait pas à celui d'un territoire d'Outre-mer, si ce statut ne ressemblait pas, "à s'y méprendre" selon les termes mêmes utilisés par les sénateurs dans leur saisine, à celui de la Polynésie française. Nous connaissons l'opinion du Professeur Favoreu (105) que l'on peut résumer ainsi : la nouvelle organisation administrative de la Corse est "incontestablement une organisation particulière" au sens de l'article 74. Cette thèse, réfutée par quelques auteurs (106), mais reprise par les parlementaires de l'opposition et notamment les sénateurs, se fondait essentiellement sur la création d'organes spécifiques et sur l'instauration d'un régime électoral original. Il est évident qu'à l'arrière-plan, à la base de cette thèse se pose la question des symboles, de l'avenir de la Corse, dans ou hors de la France (107). Ainsi plusieurs parlementaires, lors des débats, n'ont pas manqué de critiquer l'appellation pour une région faisant partie du territoire

---

(102) L. Favoreu, La problématique constitutionnelle des projets de réforme des collectivités territoriales, *Rev. fr. dr. constit.* 1990, p. 399 ; M. Pochard, Passage du cadre départemental au cadre régional pour l'élection des conseillers régionaux. Problèmes juridiques, *La Vie Départementale et Régionale*, n° 59, 30 juin 1989 ; F. Sabiani, Le régime électoral de la Corse et la Constitution, *A.J.D.A.* 1986.221.

(103) J.P. Virapouille, *Doc. Ass. nat.* 21 nov. 1990, J.O. p. 5828.

(104) Décis. n° 82-147 DC du 2 déc. 1982, *A.J.D.A.* 1982, p. 129. Voir P. Lampue, Le régime constitutionnel des territoires d'Outre-mer, *R.D.P.* 1984, p. 5 et F. Luchaire, La décentralisation dans les départements d'Outre-mer, *A.J.D.A.* 1983, p. 120 ; v. les points de vue de J.C. Fortier, E. Nabajoth, H. Gourdon et Chr. Vitalien, La décentralisation Outre-mer : cas des Antilles françaises, *Rev. fr. adm. publ.* n° 31, 1984 ; v. aussi, J. Ziller, Les D.O.M.-T.O.M. : départements-régions d'outre-mer, territoires et collectivités territoriales d'outre-mer, *L.G.D.J.* 1991.

(105) Il faut réformer la Constitution, article in *Le Monde* précité.

(106) A. Demichel, La logique du projet Joxe, *Corse-Matin*, 5 nov. 1990.

(107) Le spectre d'Évian 1962, in *Corse-Matin*, 25 nov. 1990.

européen de "collectivité territoriale", appliquée à Mayotte et à Saint-Pierre et Miquelon, en raison de la "rupture brutale avec le droit commun qu'elle symbolise" (108). Des amendements ont d'ailleurs été présentés (109) en vue de maintenir l'appellation de "région" pour la Corse, puis retirés à la suite de bien curieuses indications apportées par le ministre de l'Intérieur (110). Autre symbole, autre apparence, le conseil exécutif, assimilé à une sorte de gouvernement territorial (111) et qui porterait en lui les germes de l'autonomie (112). Signalons aussi le régime de responsabilité du conseil exécutif devant l'Assemblée de Corse, avec sa motion de défiance -il est vrai empruntée au système constitutionnel allemand (113)-, qualifié de "système pseudo-parlementaire" par l'opposition (114). Il résulte de toutes ces données une ambiguïté sévèrement contestée par l'opposition qui croit reconnaître dans les nouvelles institutions "les apparences d'un État" (115). Le gouvernement a rejeté ces critiques. Mais la décision du Conseil constitutionnel était attendue. En rappelant, dans son 18e considérant, que l'organisation particulière des T.O.M. "a, notamment, pour effet de limiter à ces territoires la possibilité pour le législateur de déroger aux règles de répartition des compétences entre la loi et le règlement", le Conseil s'attache à démontrer que le statut de la Corse ne comporte aucune des attributions constitutionnelles des territoires d'Outre-mer. Dans le même esprit, la dévolution à l'Assemblée de Corse d'un pouvoir de consultation en matière législative est neutralisée par le Conseil (48e considérant) : cette consultation "ne saurait avoir une quelconque incidence sur la régularité de la procédure législative". On peut cependant objecter qu'à l'instar des départements

(108) A. Rossi, Doc. Ass. nat. 22 nov. 1990, J.O. p. 5873.

(109) Les amendements présentés par M. Wiltzer (U.d.c.), E. Zuccarelli (soc.) et J.L. Debré (R.p.r.), Doc. Ass. nat. 22 nov. 1990, J.O. p. 5873, visent à appeler la nouvelle collectivité "région corse" ou "région insulaire de Corse", ou "région insulaire à statut spécial de Corse".

(110) En effet, P. Joxe, ministre de l'Intérieur, explique, à l'adresse des parlementaires corses, que l'Assemblée de Corse pourra, par délibération, choisir son appellation et éventuellement décider de s'appeler "région de Corse" ou "région corse". Ses explications ne sont guère convaincantes car on voit mal comment une collectivité territoriale peut d'une part, modifier certaines dispositions d'un texte législatif et d'autre part, modifier la catégorie de collectivité territoriale dont elle dépend, v. Doc. Ass. nat. 22 nov. 1990, J.O. p. 5874.

(111) E. Dailly, Doc. Sénat, 11 avr. 1991, J.O. p. 439. Selon M. Dailly, le conseil exécutif n'est pas librement élu puisque désigné par l'Assemblée de Corse et ne peut exister que dans un territoire d'Outre-mer.

(112) T. Bréhier, Le nouveau statut se rapprochera de celui des T.O.M., Le Monde, 27 oct. 1990 ; Une "constitution" dans la Constitution, Le Monde, 3 nov. 1990 et G. Suffert, Plus tout à fait la France, Le Figaro, 1er nov. 1990 ; v. aussi les commentaires particulièrement intéressants de L. Favoreu, La décision "Statut de la Corse" du 9 mai 1991, Rev. fr. dr. constit. 1991, n° 6, p. 305 : selon son analyse, "l'existence d'un exécutif distinct de la présidence de l'Assemblée et responsable devant celle-ci évoque un schéma de régime politique".

(113) P. Ferrari, Le statut de la collectivité territoriale de Corse, A.J.D.A. 1991.10.701.

(114) Pour P.A. Wiltzer (U.d.c.), la Corse devient, du fait du nouveau statut, "un pseudo-État doté d'un système pseudo-parlementaire avec un pouvoir exécutif, un pouvoir législatif, des motions de censure et autres mécanismes sans équivalent à ce niveau dans notre pays, bref, une sorte de théâtre politique", Doc. Ass. nat. 3 avr. 1991, J.O. p. 676.

(115) Ironisant sur le nouveau statut, O. Guichard, Doc. Ass. nat. 21 nov. 1990, J.O. p. 5823, le compare au Canada dry, "il a le goût de l'indépendance, la couleur de l'indépendance, mais ce n'est pas l'indépendance".

d'Outre-mer (116), le défaut de consultation d'un texte réglementaire pourrait être sanctionné par l'annulation contentieuse de ce texte (117). Quoi qu'il en soit, les compétences dévolues à la nouvelle collectivité de Corse se limitent à la simple administration de ce territoire dont l'organisation spécifique est expressément qualifiée "d'administrative" par le Conseil et ne procèdent donc pas d'une interprétation abusive de l'article 74 de la Constitution.

Sur ces dernières observations, il y a quand même lieu de poser quelques questions. L'article 72 de la Constitution n'ouvre-t-il pas des perspectives plus larges que l'article 73 relatif aux mesures d'adaptation des départements d'Outre-mer ? Et, dans ce cas, quel est désormais l'intérêt de l'article 73 ? D'autre part, les départements de Corse - au même titre que la région de Corse de 1982 - ne sont-ils pas susceptibles, conformément à la jurisprudence du 25 février 1982 du Conseil, de faire l'objet de mesures d'adaptation ? Et, dans ce cas, si l'hypothèse se présente un jour, qu'est-ce qui les différencierait des départements d'Outre-mer ? Enfin, la lecture de l'article 26 du nouveau statut de la Corse, qui permet à l'Assemblée de Corse de proposer au Premier ministre des modifications, notamment législatives, sur "l'organisation et le fonctionnement de l'ensemble des collectivités territoriales" de l'île, ainsi que celle du 33e considérant de la décision du Conseil, ne laisse-t-elle pas présager d'éventuelles et nouvelles évolutions ? Et, dans ce cas, l'existence des départements de Corse ne pourrait-elle pas être mise en cause (118) ?

À quelles conclusions ces réflexions conduisent-elles finalement ? Nous l'avons vu, à quelques éléments de réponse et à de nombreuses interrogations. Mais surtout à une incertitude sur le destin de cette île. La France est diverse, disait Fernand Braudel, et le feu peut toujours prendre à la maison. Sa force, la France la trouve dans l'exclusion de la désunion et de la discorde, mais la prise en compte de sa diversité n'est-elle pas le meilleur garant de son unité ?

---

(116) En dehors des territoires d'Outre-mer, la consultation des assemblées locales est réalisée sur la base d'un décret pour les départements d'Outre-mer (décr. 26 avr. 1960), d'une loi pour les régions d'Outre-mer (L. 2 août 1984), ou même d'un usage pour la collectivité territoriale de Mayotte.

(117) C.E. Ass. 8 juin 1979, S.A. des planteurs de canne associés et COSURMA, rec. p. 268 ; v. la circulaire du Premier ministre en date du 21 avr. 1988 relative à l'applicabilité des textes législatifs et réglementaires outre-mer, à la consultation des assemblées locales de l'outre-mer et au contreseing des ministres chargés des D.OM.-T.O.M., J.O. 24 avr. 1988, p. 5454.

(118) J. Fourre, Vers un statut constitutionnel du département, Les Petites Affiches, 15 mai 1985.

# **NORMES NATIONALES ET NORMES LOCALES DANS LA JURISPRUDENCE DU CONSEIL CONSTITUTIONNEL (\*)**

Par

André ROUX  
Professeur à l'Université d'Aix-Marseille III

De prime abord, la Constitution du 4 octobre 1958 ne fournit aucune indication sur la répartition des compétences normatives entre autorités nationales et autorités locales. On n'y trouve pas, comme dans les constitutions fédéralistes, ou même les constitutions italienne ou espagnole, de listes énumératives des compétences respectives de l'État et des collectivités infra-étatiques. La question de la hiérarchie entre normes nationales et normes locales, elle non plus, ne fait l'objet d'aucune référence constitutionnelle directe.

C'est la raison sans doute pour laquelle les constitutionnalistes n'ont jusqu'à une date récente prêté que peu d'attention à ces questions, lesquelles étaient du reste occultées par le débat, maintenant dépassé, sur le système de répartition des compétences entre la loi et le règlement national (art. 34 et 37 de la Constitution). Ainsi, jusque dans les années 1980 il eût été difficile de concevoir un rapport sur les relations entre les normes nationales et les normes locales en droit constitutionnel français à moins de rester très largement théorique, pour ne pas dire platonique. Le sujet demeurait l'apanage des administrativistes qui l'abordaient sous l'angle de la hiérarchie des normes en s'appuyant sur une jurisprudence très riche et bien établie du Conseil d'État. Que l'on songe notamment aux solutions relatives à la combinaison des pouvoirs de police de l'autorité centrale avec ceux conférés par la loi aux autorités locales... Il a donc fallu attendre le développement de la jurisprudence du Conseil constitutionnel, avec notamment les décisions de 1982 sur les lois de décentralisation et celles relatives aux multiples changements de statut de la Nouvelle Calédonie, pour que l'on découvre toutes les potentialités du statut constitutionnel des collectivités territoriales

---

(\*) Rapport présenté à la Table ronde internationale du 5 juillet 1990 organisée à Toulon par le Centre de droit et de politique comparés sur le thème : Normes nationales et normes locales dans les jurisprudences constitutionnelles comparées.

(1) et pour que s'instaure un débat sur les rapports entre pouvoir normatif national et pouvoir normatif local, en référence aux dispositions de la Constitution de 1958.

Schématiquement, les données du problème peuvent être présentées de la manière suivante :

La Constitution, d'une part, affirme le *caractère unitaire de l'État* en proclamant à la fois l'invisibilité de la République (art 2 : "la France est une République indivisible") (2) et l'indivisibilité de la souveraineté (art. 3. "La souveraineté nationale appartient au peuple... aucune section du peuple ni aucun individu ne peut s'en attribuer l'exercice"). D'autre part, l'article 72 de la Constitution consacre le principe de *la libre administration des collectivités territoriales* ("Les collectivités territoriales s'administrent librement par des conseils élus et dans les conditions prévues par la loi"), l'article 34 précisant de son côté qu'il revient à la loi de déterminer notamment les principes fondamentaux de la "libre administration des collectivités locales, de leurs compétences et de leurs ressources".

Partant de là, la question est de savoir comment s'organisent les rapports entre le principe d'unité de l'État et celui de la libre administration des collectivités territoriales. La libre administration, notamment, peut-elle déboucher sur une "libre réglementation" autrement dit sur un pouvoir normatif autonome dévolu aux autorités des collectivités territoriales ? De ce point de vue, et malgré ce qui a pu être soutenu (3) la jurisprudence du Conseil constitutionnel a clairement consacré au profit de l'État l'unité du pouvoir normatif initial (c'est-à-dire du pouvoir de fixer les normes premières), même dans les domaines concernant l'administration locale. Tous les problèmes ne sont pas pour autant résolus. Ainsi, les relations entre pouvoir réglementaire national et pouvoir réglementaire local soulèvent certaines interrogations s'agissant de la mise en œuvre de la loi (ce que l'on peut appeler pouvoir normatif secondaire pour le distinguer du pouvoir normatif initial ou primaire) même s'il apparaît que le Conseil constitutionnel a admis la pluralité des pouvoirs normatifs dans cette hypothèse.

De la sorte, la configuration des rapports entre normes nationales et normes locales, telle qu'elle a été dessinée par la jurisprudence constitutionnelle, peut être présentée pour plus de commodité en distinguant d'une part l'unité du pouvoir normatif initial et, d'autre part, la pluralité du pouvoir normatif secondaire.

---

(1) Voir notamment : L. Favoreu *Décentralisation et Constitution R.D.P.* 1982, p. 1259 ; *Les bases constitutionnelles du droit des collectivités locales*, in *La nouvelle décentralisation*, Sirey, 1983 ; *Libertés locales et libertés universitaires R.D.P.* 1984, p. 687 ; *Libre administration et principes constitutionnels* in *La libre administration des collectivités territoriales* (Moreau et Darcy, dr.), Economica et PUAM, 1984, p. 68 ; F. Luchaire, *Les fondements constitutionnels de la décentralisation, R.D.P.* 1982, p. 1543 ; C. Bacoyannis, *Le principe constitutionnel de la libre administration des collectivités territoriales*, thèse, Aix-Marseille III, 1989 ; J. Bourdon, J.-M. Pontier, J.-C. Ricci, *Droit des collectivités territoriales*, Thémis, P.U.F. 1987, p. 104 et s ; M. Bourjol, *Jurisclasseur collectivités locales*, V° Constitution.

(2) Voir : R. Debbasch, *Le principe révolutionnaire d'unité et d'indivisibilité de la République*, Economica-PUAM, 1988.

(3) Voir notamment : M. Bourjol, *Jurisclasseur collectivités locales*, V° Constitution, n° 60.

## I - L'UNITÉ DU POUVOIR NORMATIF INITIAL

L'État unitaire, contrairement à l'État fédéral, exige une source normative initiale unique, un centre unique de pouvoir. Ceci s'explique logiquement par le fait qu'il ne doit exister en son sein qu'une seule source de souveraineté s'exerçant sur la totalité du territoire (4). Comme le souligne Georges Burdeau, "la souveraineté y est unique parce qu'elle réside dans la collectivité envisagée globalement, sans qu'il soit tenu compte de la diversité des aspirations locales ou de la variété des tendances des multiples groupements secondaires qu'englobe la société politique" (5).

Il apparaît ainsi que, du caractère unitaire de l'État affirmé par la Constitution, découle l'affirmation d'un "centralisme normatif" consacré par le Conseil constitutionnel. "Centralisme normatif" que l'on peut, d'une certaine façon, qualifier de "démocratique" car il n'exclut pas que les collectivités territoriales soient, en quelque sorte, associées au pouvoir normatif national.

### A - L'affirmation du centralisme normatif

Le principe de libre administration des collectivités territoriales posé par la Constitution s'inscrit dans un processus administratif de décentralisation qui ne saurait aucunement aboutir à l'octroi d'une autonomie normative aux collectivités territoriales, à l'instar des régions italiennes ou des Communautés autonomes espagnoles qui se situent pourtant, elles aussi, dans le cadre d'un État unitaire.

Le Conseil constitutionnel s'est en ce sens employé à poser des bornes à toute réforme décentralisatrice dans un considérant de principe contenu dans sa décision 82-137 DC du 25 février 1982 relative à la loi "Droits et libertés des communes, des départements et des régions" (6) :

*Considérant que le principe de légalité exige à la fois le respect des attributions du législateur et celui des règles supérieures par lesquelles la Constitution adoptée par le peuple français a proclamé l'indivisibilité de la République, affirmé l'intégrité du territoire et fixé l'organisation des pouvoirs publics...*

Le Conseil constitutionnel a ainsi clairement marqué sa volonté de faire prévaloir le caractère unitaire de l'État sur le développement (et les dérives) de l'autonomie locale envisagée notamment sous l'angle de l'autonomie normative.

Cette affirmation du centralisme normatif se traduit d'abord par la compétence de principe du législateur en matière de collectivités territoriales et, corrélativement, par l'exclusion d'un pouvoir normatif local autonome.

(4) Voir. F. Miclo, *Le régime législatif des départements d'outre-mer et l'unité de la République*, Economica 1982, p. 3.

(5) *Traité de Science Politique*, T. 2, L.G.D.J. 1967, 2<sup>e</sup> éd. p. 352.

(6) Voir : L. Favoreu et L. Philip, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Sirey 1989, 5<sup>e</sup> éd., n° 34, p. 504.

## 1°) La compétence de principe du législateur

Reposant sur les articles 34 et 72 de la Constitution, cette compétence apparaît particulièrement large, encore qu'il faille souligner son encadrement par la jurisprudence du Conseil constitutionnel.

Le domaine d'intervention du législateur s'étend tout d'abord à la fixation du statut des collectivités territoriales (c'est à dire à l'ensemble de leurs règles constitutives). A la différence des États de type fédéral, ou même régional, les collectivités territoriales ne disposent d'aucun pouvoir normatif initial qui leur permettrait d'élaborer leur propre statut. Tout au plus bénéficient elles, comme nous le verrons, d'un certain pouvoir consultatif ou de proposition, mais pour certaines d'entre elles seulement, et avec des effets limités. Le Conseil constitutionnel, quant à lui, a toujours insisté sur "la compétence exclusive du législateur national pour déterminer l'organisation et donc le statut" des collectivités territoriales et même des territoires d'outre-mer qui bénéficient pourtant d'une organisation particulière (7).

Par ailleurs, c'est la loi, et elle seule, qui va déterminer l'étendue des compétences des collectivités territoriales et qui va les répartir entre celles-ci et l'État. Autrement dit, le champ d'application des normes locales édictées dans l'exercice des compétences attribuées aux autorités locales est conditionné et limité par la norme nationale. Seul l'État peut donc définir les attributions des collectivités territoriales. Le Conseil constitutionnel l'a d'ailleurs rappelé nettement dans sa décision 274 DC du 29 mai 1990 (8) : la libre administration s'exerçant "dans les conditions prévues par la loi", il revient donc au Parlement "de définir les compétences respectives de l'État et des collectivités territoriales". Dans le même ordre d'idées on peut aussi souligner que le législateur est compétent pour opérer "le transfert à une autorité de l'État de l'exercice d'attributions relevant de la compétence d'une collectivité locale" (9).

Cette affirmation ne s'oppose pas au fait que les collectivités territoriales bénéficient, dans leur ressort territorial, d'une clause générale de compétence (10). Cette dernière ne trouve pas sa source dans la Constitution, et plus précisément dans l'article 72, mais bien dans la loi.

La compétence très large du législateur s'affirme aussi par rapport au pouvoir réglementaire national. Le Conseil constitutionnel, en effet, a adopté une conception extensive de la compétence du législateur, telle qu'elle découle de l'article 34 de la Constitution. Sans reprendre en détail l'analyse de cette jurisprudence (11), il suffit de relever que la quasi totalité des règles concernant les collectivités territoriales relèvent de la compétence du législateur, le Conseil constitutionnel empêchant en quelque sorte le pouvoir

(7) Cf. décisions 161 DC du 19 juillet 1983 et 196 DC du 23 août 1985, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, op. cit., p. 527.

(8) *J.O.* 1er juin 1990, p. 6518.

(9) C.C., 70-63 L du 9 juillet 1970 ; 71-70 1 du 23 avril 1971.

(10) Voir : J.-M. Pontier, *Semper manet*. Sur une cause générale de compétence, *RDP* 1984, p. 1443.

(11) Voir notamment : B. Genevois, *La jurisprudence du Conseil constitutionnel, principes directeurs*, éd. S.T.H., 1987, n° 153 ; J. Bourdon, J.-M. Pontier, J.-C. Ricci, op. cit., pp. 121-122. A.-S. Ould Boubout, *L'apport du Conseil constitutionnel au droit administratif*, *Économica*, PUAM, 1987, p. 440 ; C. Bacoyannis, thèse précitée note 1, p. 297 et s. ; F. et Y. Luchaire, *Le droit de la décentralisation*, coll. Thémis, P.U.F. 1983, p. 95 et s.

réglementaire national de prendre toute décision importante dans ce domaine. La Haute Assemblée contribue ainsi à mettre les libertés locales à l'abri de toute tentative de limitation par le gouvernement, en décidant par exemple que "seule la loi peut imposer une sujétion nouvelle aux collectivités locales" (12). Il est même arrivé au Conseil constitutionnel de sanctionner, dans ce domaine, une incompétence négative du législateur (13).

Pour large qu'elle soit, la compétence du législateur n'en est pas moins encadrée, le Conseil constitutionnel veillant à ce qu'elle s'exprime dans le respect des règles et principes constitutionnels.

D'une part, le législateur doit respecter le principe constitutionnel de la libre administration des collectivités territoriales (14) et le Conseil a été amené à sanctionner les atteintes qui pouvaient y être portées. Ainsi, dans sa décision 168 DC du 20 janvier 1984, a-t-il annulé certaines dispositions de la loi portant statut de la fonction publique territoriale au motif qu'elles remettaient en cause ce principe (15). Dans sa décision 196 DC du 8 août 1985 il prend soin de souligner que, pour s'administrer librement, une collectivité territoriale doit "dans les conditions qu'il appartient à la loi de prévoir, disposer d'un Conseil élu doté d'attributions effectives" (16). A titre d'exemple, on peut également mentionner la décision 274 DC du 29 mai 1990 dans laquelle le Conseil, de manière particulièrement nette, juge que si "le législateur peut définir les catégories de dépenses qui revêtent pour les collectivités territoriales un caractère obligatoire," c'est à condition que "ces obligations soient définies avec précision quant à leur objet et à leur portée" et qu'elles ne puissent "méconnaître la compétence propre des collectivités territoriales ni entraver leur libre administration".

D'autre part, le législateur doit faire en sorte que soit garantie la prééminence des intérêts nationaux sur les intérêts locaux. Pour ce faire, il importe notamment que le contrôle exercé par l'État sur les collectivités territoriales présente un caractère effectif. "L'intervention du législateur est donc subordonnée à la condition que le contrôle administratif prévu par l'article 72 (al. 3) permette d'assurer le respect des lois et, plus généralement, la sauvegarde des intérêts nationaux..." affirme le Conseil dans sa décision 137 DC du 25 février 1982 par laquelle il annule les dispositions de la loi déferée qui, précisément, ne permettaient pas d'assurer cette sauvegarde. Qui plus est, le Conseil constitutionnel a admis que l'État puisse aller jusqu'à intervenir dans l'administration locale : le législateur peut ainsi prévoir l'intervention du représentant de l'État pour surmonter les difficultés résultant de l'absence de décision des autorités décentralisées normalement compétentes

(12) C.C. décision 166 DC, 29 décembre 1983, *Rec.* p. 77 ; *RDP* 1986, p. 395, comm. L. Favoreu.

(13) C.C. décision 230 DC, 30 décembre 1987, *J.O.* 31 décembre 1987, p. 15762 et 233 DC, 5 janvier 1988, *J.O.* 7 janvier 1988, p. 320.

(14) Ce principe a été consacré au rang constitutionnel pour la première fois par la décision 104 DC du 23 mai 1979 et repris par la suite dans de nombreuses décisions. V. *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, *op. cit.* note 6, p. 535.

(15) Voir : Louis Favoreu, *Libertés locales et libertés universitaires*, *RDP* 1984, p. 694.

(16) *Rec.* p. 63 ; *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, *op. cit.*, note 6 n° 40, p. 631. Voir aussi : CC., décision 241 DC du 19 janvier 1988, *Rec.* p. 31 ; *RDP* 1989, p. 399, comm. L. Favoreu.

lorsque leur carence risque de compromettre le fonctionnement des services publics et l'application des lois (17).

Il apparaît donc clairement que la jurisprudence du Conseil constitutionnel, tout en affirmant de manière très nette la compétence de principe du législateur par une interprétation extensive des dispositions constitutionnelles, s'attache à garantir la libre administration des collectivités territoriales dans le respect des prérogatives essentielles de l'État. Mais "libre administration" ne signifie pas pour autant "libre réglementation" : les collectivités territoriales ne disposent pas d'un pouvoir nominatif autonome en dehors du domaine de compétence du législateur.

## 2°) L'exclusion d'un pouvoir normatif autonome

Pour certains auteurs, la libre administration des collectivités territoriales, liberté constitutionnelle, devrait normalement déboucher sur l'autonomie normative de ces collectivités en dehors du domaine législatif tel qu'il est défini par la Constitution (18). Pour M. Bourjol, notamment, la libre administration, en tant que liberté constitutionnellement reconnue, se distinguerait de la décentralisation administrative. Cette dernière s'inscrit dans le cadre de la "Constitution administrative" de l'État et repose sur une délégation de puissance publique du législateur aux collectivités territoriales, sur une "concession émanant de la collectivité supérieure" pour reprendre l'expression de Carré de Malberg (19). En revanche, avec la libre administration, la délégation résulte directement de la Constitution qui en pose le principe (article 72). La libre administration impliquerait donc la compétence des autorités locales pour prendre des actes administratifs individuels et réglementaires sur délégation directe de l'article 72 de la Constitution. Ce dernier serait donc au règlement local ce que l'article 37 est au règlement étatique, à savoir une source directe du pouvoir réglementaire (20). A l'argument fondé sur l'indivisibilité de la souveraineté (qui exclut toute division du pouvoir normatif initial) M. Bourjol répond que tout dépend, en fait, du concept d'État que l'on prend en considération : l'indivisibilité de l'*État-Nation* - on pourrait dire de la République - n'est pas mise en cause par l'attribution d'un pouvoir nominatif autonome aux collectivités territoriales (comme le montre d'ailleurs l'exemple des territoires d'outre-mer). En revanche, l'indivisibilité de l'*État-personne juridique administrative* apparaît menacée dès lors qu'une brèche est ouverte dans son pouvoir réglementaire autonome (21).

Que penser de cette thèse, sommairement présentée, selon laquelle les collectivités territoriales disposeraient dans le domaine des affaires locales d'un pouvoir réglementaire indépendant des lois préexistantes, dévolu directement par la Constitution (excluant par là même l'intervention du

(17) C.C., décision 149 DC du 28 décembre 1982 (statut de Paris, Lyon, Marseille), Rec. p. 76 ; RDP 1983, p. 333, comm. L. Favoreu.

(18) M. Bourjol, *Jurisqueur collectivités locales*, V<sup>o</sup> Constitution, n<sup>o</sup> 60. F. Luchaire, les fondements constitutionnels de la décentralisation, RDP 1982, p. 1543.

(19) *Contribution à la théorie générale de l'État*, Sirey, 1920, p. 170.

(20) M. Bourjol, art. précit, n<sup>o</sup> 60.

(21) *Ibidem*, n<sup>o</sup> 94.

pouvoir réglementaire gouvernemental), qui les laisseraient libres d'agir dans les matières dans lesquelles la loi n'est pas intervenue ?

Une telle position se heurte en réalité à nombre d'objections (22). Ainsi, le doyen Favoreu, commentant la décision 137 DC du 25 février 1982, a-t-il fermement contesté la possibilité, dans un État unitaire, d'une source normative autonome en dehors de celle émanant des organes nationaux (23). De même, pour le doyen Auby, il semble préférable d'adopter une autre lecture de l'article 72 de la Constitution, plus conforme au droit positif (et à la jurisprudence constitutionnelle), selon laquelle les deux éléments de la libre administration seraient à la fois l'existence des conseils élus et le caractère législatif de son régime (24). En outre, ajoute cet auteur, "... si l'on admet que l'article 72 confère aux conseils élus le droit de réglementer sans intervention d'une loi préalable, comment combiner ce texte avec la règle de l'article 34 conférant au législateur la détermination des principes fondamentaux de la libre administration des collectivités locales ? Si cette réglementation doit s'inscrire dans le cadre des principes fondamentaux lorsqu'ils sont déterminés, son initialité ne peut exister que provisoirement, tant que la loi n'a pas fixé, dans un certain domaine, ces principes : enfin, le règlement ne peut intervenir qu'ex-lege..." (25).

Il apparaît évident par ailleurs, et les travaux préparatoires de la Constitution de 1958 le montrent clairement (26) que la rubrique de l'article 34 réservant au législateur "les principes fondamentaux de la libre administration des collectivités locales, de leurs compétences et de leurs ressources", comme les autres rubriques de l'article 34, n'a pas d'autre objet que d'établir la délimitation du domaine législatif par rapport au pouvoir réglementaire étatique afin de cantonner celui-ci à des questions relativement mineures. A aucun moment, lors de l'écriture de la Constitution, l'idée d'un pouvoir réglementaire initial des collectivités territoriales n'a été évoquée (27). Il ne semble donc pas que l'article 72 puisse fonder l'existence d'un pouvoir réglementaire autonome des autorités locales par opposition au domaine législatif. Bien plutôt, l'article 72 al. 2 et l'article 34 affirment le même principe, à savoir la compétence du législateur pour prévoir les conditions de la libre administration, dans le respect des principes constitutionnels : l'article 34 prévoit la compétence du législateur en matière d'administration locale en lui imposant le respect de la libre administration et l'article 72 affirme le principe de libre administration en prévoyant la compétence du législateur (28). Le champ d'intervention et, partant, le pouvoir réglementaire des autorités locales est donc défini par la loi dans le respect des orientations fixées par le constituant. Telle est d'ailleurs la position du Conseil constitutionnel qui, dans sa décision 195 DC du 8 août

(22) Bien qu'elle puisse se prévaloir d'un jugement du T.A. de Versailles du 7 décembre 1984, *Préfet du Val d'Oise c. S.C.A.N.N.*, AJDA 1985, p. 271, obs. J. Chapuisat, qui constitue cependant une décision isolée rendue par une juridiction inférieure.

(23) RDP 1982, p. 1276.

(24) AJDA 1984, p. 475.

(25) *Ibidem*

(26) Voir : C. Bacoyannis, thèse précitée, p. 196 et s.

(27) Voir : P. Bon, Les collectivités territoriales de la République, in *L'écriture de la Constitution*, Colloque du XXXe anniversaire de la Constitution du 4 octobre 1958, Aix-en-Provence, 8-9-10 septembre 1988.

(28) Voir : C. Bacoyannis, thèse précitée, pp. 147-148.

1985 précise que "la loi doit mettre en œuvre" le principe de libre administration des collectivités territoriales posé par l'article 72, conformément à l'article 34 de la Constitution. Dans cette décision, le Conseil constitutionnel définit la libre administration comme la nécessité de disposer d'un conseil élu doté d'attributions effectives *dans les conditions qu'il appartient au législateur de définir*. L'activité normative des collectivités territoriales découle donc de l'exercice d'attributions que la loi leur a conférées. La loi, et c'est la position constante du Conseil constitutionnel (29) apparaît donc comme l'intermédiaire obligée entre la Constitution et le pouvoir réglementaire local puisqu'il lui revient de mettre en œuvre le principe de libre administration lequel, effectivement, semble impliquer que les collectivités territoriales puissent et même doivent disposer du pouvoir de prendre des mesures générales et impersonnelles dans les domaines et sur le territoire où elles ont compétence (30). Autrement dit, en l'absence d'une disposition législative expresse, les autorités locales ne sauraient détenir un pouvoir réglementaire autonome.

Cette affirmation souffre cependant une exception qui concerne les territoires d'outre-mer. Sur le fondement de l'article 74 de la Constitution prévoyant que les T.O.M. ont une organisation particulière tenant compte de leurs intérêts propres, le Conseil constitutionnel a admis que le législateur puisse déroger à l'article 34 de la Constitution et confier à l'autorité locale un pouvoir réglementaire dans les matières que cet article place dans le domaine législatif (31). Autrement dit, lorsque l'assemblée territoriale d'un T.O.M. a reçu, de par la loi (32), pleine compétence dans une matière qui relève normalement de la loi nationale en vertu de l'article 34 de la Constitution (33), cette matière revêt un caractère réglementaire à l'intérieur du territoire considéré.

Partant de là, on a pu soutenir que la reconnaissance d'un pouvoir normatif autonome, conjugué à un statut de large autonomie interne, rapprocherait les T.O.M. d'une entité fédérée (34). En réalité, sans minimiser pour autant l'exception que représentent les T.O.M. au regard du principe de

(29) Cf. par exemple CC décision 274 DC, 29 mai 1990 précitée.

(30) Pour M. Rougevin-Baville, R. Denoix de Saint Marc et D. Labetoulle, seraient sans doutes contraires à la Constitution des dispositions législatives qui refuseraient un tel pouvoir aux autorités locales (*Leçons de droit administratif*, collection P.E.S., Hachette, 1989, p. 144).

(31) CC. 34L, 2 juillet 1965, Penant 1966, p. 347, note P. Lampué ; D. 1967, J.p. 613, note L. Hamon. V. aussi : P. Lampué, *Le régime constitutionnel des T.O.M.*, RDP 1984, p. 12.

(32) Qu'il s'agisse, comme le souligne B. Genevois (*La jurisprudence du Conseil constitutionnel, principes directeurs*, op. cit. note, n° 500) de lois postérieures à l'entrée en vigueur de la Constitution ou de lois antérieures à 1958 "car l'article 76, en permettant aux T.O.M. de "garder leur statut au sein de la République" a confirmé les compétences précédemment reconnues aux assemblées territoriales".

(33) Les lois portant statut des différents T.O.M. opèrent une répartition des compétences entre l'État et le T.O.M. suivant des techniques qui s'apparentent à celles du fédéralisme : énumération des compétences étatiques, les autres matières relevant de la compétence territoriale (statut de la Nouvelle Calédonie de 1976 ou de la Polynésie de 1977 par exemple) ; ou encore énumération dans deux listes concurrentes des compétences étatiques et territoriales (art. 8 et 9 de la loi du 6 novembre 1988 portant statut de la Nouvelle Calédonie par exemple).

(34) Voir not. : T. Michalon, *La République française, une fédération qui s'ignore ?*, RDP 1983, p. 647.

l'unité du pouvoir normatif initial, encore faut-il relever (35), d'une part, que les délibérations des assemblées territoriales restent placées sous le contrôle de l'autorité étatique et peuvent être annulées par le juge administratif (36) et, d'autre part, que la compétence donnée par la loi à l'assemblée territoriale d'un T.O.M. pour régir une matière qui ressortit normalement de la compétence du législateur n'a pas un caractère irrévocable. En effet, dans la mesure où c'est le législateur qui définit le domaine d'intervention du pouvoir nominatif des autorités des T.O.M., il peut toujours revenir sur une dérogation à l'art. 34 qu'il a lui-même instituée, de même qu'il peut à tout moment se substituer aux autorités territoriales pour statuer sur des matières qu'il leur avait précédemment attribuée (37). En conséquence, s'il existe bien un pouvoir normatif initial reconnu aux T.O.M., il s'agit d'un pouvoir réglementaire révocable (ou modifiable) par le législateur et s'exerçant sous le contrôle de l'État. Il n'y a donc pas atteinte à l'indivisibilité de la souveraineté nationale (38).

Si la source du pouvoir normatif initial, du fait du caractère unitaire de l'État, ne saurait être divisée entre l'État et les collectivités territoriales, ces dernières peuvent cependant être associées au pouvoir normatif national, selon des modalités variées.

#### B - L'ASSOCIATION DES COLLECTIVITÉS TERRITORIALES AU POUVOIR NORMATIF NATIONAL

Cette association, qui n'aboutit en aucun cas à la remise en cause du centralisme normatif mais qui en constitue, tout au plus, un aménagement, peut revêtir deux formes principales. Les collectivités territoriales peuvent, en quelque sorte, participer à l'édiction des normes nationales. Elles peuvent aussi être associées avec l'État pour l'exercice de compétences.

##### 1°) L'association à l'édiction des normes

Tout d'abord, il convient de rappeler que la Constitution de 1958 (article 24) fait participer les collectivités territoriales à l'exercice de la souveraineté dans son acception la plus élevée - la confection des lois - par l'intermédiaire du Sénat qui "assure la représentation des collectivités territoriales de la République" (39). Cette représentation ne s'apparente pas cependant à celle d'un système fédéral puisque toutes les collectivités ne sont évidemment pas représentées au Sénat et que chaque sénateur, en application de la théorie du mandat représentatif, représente "non pas sa collectivité mais

(35) L. Favoreu et L. Philip, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, op. cit., note 6, p. 521.

(36) C.E. 27 février 1970, Saïd Ali Tourqui, *Rec.* p. 138 ; *AJDA*. 1970, p. 220, *Chron.* R. Denoix de Saint-Marc et D. Labetoulle.

(37) C.C. décision 155 DC, 30 décembre 1982. V. L. Favoreu, *Le droit constitutionnel jurisprudentiel en 1981-1982*, *RDJ* 1983, p. 385. Pour B. Genevois (op. cit. note, n° 501) le législateur ne pourrait cependant, en légiférant directement sur toutes les matières entrant dans sa sphère de compétences en vertu de l'article 34, aller jusqu'à vider de son contenu l'article 74 de la Constitution.

(38) L. Favoreu et L. Philip, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, op. cit. note 6, p. 521.

(39) M. Bourjol, *Juriste Collectivités locales*, V° *Constitution*, n° 30.

la Nation toute entière envisagée dans sa dimension locale"... (40). La représentation des collectivités territoriales par le Sénat est, comme on le sait, assurée par la participation des représentants de toutes les collectivités territoriales au corps électoral qui, dans le cadre du département, désigne les sénateurs. Le Conseil constitutionnel a jugé, à cet égard, que chaque fois que le législateur crée une catégorie de collectivités territoriales, il lui revient aussi d'organiser la représentation de la ou des nouvelles collectivités, même si l'entrée en vigueur de la loi créant la catégorie de collectivités territoriales n'est pas subordonnée à l'intervention des mesures organisant la représentation (41).

De manière plus ponctuelle, on peut aussi noter que l'article 74 de la Constitution prévoit que l'organisation particulière des T.O.M. est "définie et modifiée par la loi après consultation de l'assemblée territoriale intéressée". Des nombreuses décisions rendues à ce sujet par le Conseil constitutionnel, il résulte que si le domaine de la consultation est interprété de manière extensive par la Haute Assemblée, la portée de celle-ci est relativement réduite (42). La jurisprudence du Conseil constitutionnel aboutit en effet, à la suite d'une décision 122 DC du 22 juillet 1980 (43), à rendre obligatoire la consultation de l'assemblée territoriale pour tous les textes législatifs ayant pour objet d'étendre aux T.O.M. une législation métropolitaine qui n'y est pas applicable de plein droit (44). Ainsi, la notion "d'organisation particulière" nécessitant, aux termes de l'article 74 de la Constitution, une consultation préalable de l'assemblée territoriale, se trouve-t-elle largement entendue, seuls quelques rares textes échappant à l'obligation de consultation (45).

Mais cette association des T.O.M. à l'élaboration des règles fixant leur organisation particulière reste limitée à un simple droit de consultation. Le Conseil constitutionnel n'a pas conçu ce droit comme susceptible de limiter le pouvoir du législateur et de conduire à une forme, même atténuée, de partage du pouvoir normatif. Ainsi, il a admis que la procédure législative pouvait commencer avant même que le Parlement n'ait connaissance de l'avis exprimé par l'assemblée territoriale, à condition cependant que celui-ci puisse être connu avant la fin de la première lecture du texte (46). Dans une décision 248 DC du 17 janvier 1989 (C.S.A.) il a même jugé que "dans des circonstances particulières", le fait que l'avis n'ait pas été transmis au Sénat avant la première lecture constituait un vice ne présentant pas un caractère

(40) *Ibidem*, n° 32.

(41) C.C. décision 138 DC, 25 février 1982, *Rec.p.* 41 ; L. Favoreu et L. Philip, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, *op. cit.* note 6, p. 537.

(42) Voir not. : L. Favoreu et L. Philip, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, *op. cit.* note 6, n° 40, p. 651 et s. ; B. Genevois, *La jurisprudence du Conseil constitutionnel, principes directeurs*, *op. cit.* note, p. 316 et s.

(43) RDP 1980, p. 1648, commentaire Louis Favoreu ; D. 1981, I.R. p. 359, obs. L. Hamon.

(44) Les lois métropolitaines, en vertu du principe de spécialité législative, ne sont en effet sauf exceptions, applicables dans les T.O.M. que si elles prévoient leur extension aux T.O.M.. Elles doivent, en outre, faire l'objet d'une promulgation par le représentant de l'État dans le territoire. V. B. Genevois, *op. cit.*, n° 504.

(45) On trouvera l'énumération et l'analyse des décisions du Conseil constitutionnel sur cette question in : L. Favoreu et L. Philip, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel* et B. Genevois, *La Jurisprudence du Conseil constitutionnel, principes directeurs*, *op. cit.* note 42.

(46) C.C., décisions 141 DC du 27 juillet 1982, 169 DC du 28 février 1984, 196 DC du 8 août 1985, 217 DC du 18 septembre 1986.

substantiel. Par ailleurs, pour ce qui est des amendements, le Conseil constitutionnel a décidé qu'ils n'avaient pas à être soumis "sous peine de porter atteinte aux prérogatives du Parlement" à la consultation de l'assemblée territoriale lorsque le texte initial a, quant à lui, fait l'objet d'une consultation (47). On peut aussi relever qu'il résulte de la décision 290 DC du 9 mai 1991, "Statut de la Corse", que les pouvoirs de consultation dévolus à l'assemblée de Corse (sur les projets de lois ou de décrets comportant des dispositions spéciales à la Corse) sont jugés conformes à la Constitution car ils sont sans incidence sur la procédure législative et insusceptibles de limiter le droit d'initiative du Gouvernement en matière législative.

Cette position semble tout à fait logique car le caractère unitaire de l'État exclut que "la procédure d'élaboration d'une loi devant le Parlement fasse place dans son déroulement à l'intervention, même consultative, d'une assemblée territoriale, quel que soit le degré de décentralisation du territoire concerné".(48).

Enfin, l'association des collectivités territoriales à l'édition des normes nationales résulte également du pouvoir de proposition reconnu par le législateur aux organes délibérants de la Corse et des régions d'outre-mer (49). Dans le but d'adapter les lois et règlements aux particularismes locaux, ces organes délibérants peuvent, de leur propre initiative, ou à la demande du Premier ministre, adresser à ce dernier des propositions tendant à la modification ou à l'adaptation des dispositions législatives ou réglementaires en vigueur ou en cours d'élaboration, concernant les conditions du développement économique, social et culturel de la région et, en outre, pour la Corse, les compétences, l'organisation et le fonctionnement de l'ensemble des collectivités territoriales de cette région. L'attribution de ce pouvoir de proposition aux organes délibérants des collectivités territoriales a soulevé une question de conformité à la Constitution, eu égard au caractère unitaire de l'État (50), mais le Conseil constitutionnel n'a pas estimé que cette compétence puisse mettre en cause ce dernier. En effet, les organes des collectivités territoriales ont simplement la faculté de solliciter des autorités compétentes les changements législatifs ou réglementaires sans pouvoir y procéder eux-mêmes (51). Ainsi, dans sa décision du 9 mai 1991, "Statut de

(47) C.C., décision 104 DC du 23 mai 1979. L'absence de consultation préalable empêche, en revanche, d'étendre aux T.O.M. par voie d'amendement un projet de loi qui, initialement, ne visait pas ces territoires : C.C., décisions 129 DC du 28 décembre 1989 et 221 DC du 29 décembre 1986.

(48) L. Favoreu et L. Philip, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Sirey, 3<sup>e</sup> éd., 1984, p. 417.

(49) Cf. art. 27 de la loi du 2 mars 1982 relative à l'organisation de la région Corse, art. 26 de la loi du 13 mai 1991 (*J.O.* 14 mai 1991, p. 6318) sur le statut de la Corse ; art. 8 de la loi du 31 décembre 1982 relative à l'organisation des régions d'outre-mer. On peut aussi relever que l'art. 2 du décret du 26 avril 1960 "relatif à l'adaptation du régime législatif et de l'organisation administrative des D.O.M." investit les conseils généraux des D.O.M. d'un pouvoir de proposition au gouvernement tendant à l'intervention de dispositions spéciales motivées par la situation particulière de chaque département. Ces propositions, est-il précisé, ne devront pas porter atteinte aux principes énoncés dans la Constitution. Voir sur ce point : F. Miclo, *Le régime législatif des D.O.M. et l'unité de la République*, *op. cit.* note 4, p. 136 et s.

(50) Voir : J. Bourdon, J.-M. Pontier, J.-C. Ricci, *Droit des collectivités territoriales*, *op. cit.* note 1, p. 660.

(51) Le Premier ministre doit accuser réception de la proposition dans un délai de quinze jours mais il n'est pas obligé d'apporter une réponse au fond.

la Corse" (52), le Conseil constitutionnel a annulé les dispositions prévoyant l'obligation pour le Premier ministre de répondre aux propositions dans un délai déterminé et de se justifier sur la suite à donner à une proposition de modification de la législation ou de la réglementation émanant de l'assemblée de Corse. Il est donc exclu que l'on puisse envisager par ce biais un quelconque partage du pouvoir normatif initial.

Si l'association des collectivités territoriales à l'édition des normes nationales ne remet nullement en cause l'unité du pouvoir normatif initial, il en va de même de l'association des collectivités territoriales et de l'État pour l'exercice de certaines compétences.

## 2°) L'association à la mise en œuvre des compétences

Les relations contractuelles entre l'État et les collectivités territoriales ont tendance à se développer depuis quelques années afin d'assurer la mise en œuvre de compétences dans des domaines très divers (53). Le Conseil constitutionnel, dans une décision 160 DC du 19 juillet 1983 (54) a été amené à poser un certain nombre de principes à portée générale concernant le recours au procédé contractuel. Il s'agissait d'une loi approuvant une convention fiscale conclue entre le gouvernement de la République française et le Conseil du gouvernement de Nouvelle-Calédonie en vue d'éviter les doubles impositions et de prévenir l'évasion fiscale. Les auteurs de la saisine prétendaient que cette convention étant soit un engagement international nécessairement inconstitutionnel puisque la Nouvelle-Calédonie n'est pas un État souverain, soit un engagement de droit interne incompatible par nature avec les prérogatives du Parlement. Le Conseil constitutionnel rejette cette argumentation au terme d'une démonstration riche en affirmations de principe.

Après avoir admis que la Constitution ne s'oppose pas à ce que l'État puisse passer des conventions avec les diverses collectivités territoriales de la République, conventions qui peuvent avoir pour objet "d'harmoniser l'action des administrations respectives de l'État, d'une part, et des collectivités territoriales, d'autre part, dans l'exercice des compétences qui leur sont dévolues en vertu de la Constitution et de la loi", la Haute Assemblée s'emploie à restreindre la portée de telles conventions.

Il s'agit tout d'abord souligne t-elle, d'une convention "de pur droit interne", même si les besoins de sa rédaction ont conduit à utiliser des termes distinguant "le territoire français" et "le territoire de la Nouvelle Calédonie", ou encore "l'impôt français" et "l'impôt calédonien". Ces termes, précise le Conseil constitutionnel, résultent d'une convention de langage de "pure commodité" et ils n'ont "aucune portée juridique". D'ailleurs, aucune des stipulations de la convention ne reconnaît au territoire la qualité d'autorité souveraine ou de personne de droit international.

De telles conventions, précise aussi le Conseil, puisent leur force obligatoire dans la loi française en vigueur. Le législateur, qui n'est soumis qu'à l'autorité de la Constitution, ne peut s'interdire lui-même, que ce soit

(52) *J.O.*, 14 mai 1991, p. 6350.

(53) Voir notamment l'ensemble d'études parues à l'*AJDA* 1990, n° 3, p. 131 et s. sur le thème : "Les relations contractuelles entre collectivités publiques".

(54) *AJDA* 1984, p. 29, note J.-P. Jarnevic ; *J.C.P.* 1985, II, 20352, note H. Labayle ; *RDP* 1986, p. 395, comm. L. Favoreu.

unilatéralement ou conventionnellement, de modifier la loi en vigueur. Par suite, poursuit le Conseil, "de telles conventions ne peuvent avoir ni pour objet ni pour effet de restreindre l'exercice des compétences conférées au législateur par la Constitution".

Quant au contenu de la convention, les droits et obligations définis contractuellement ne peuvent avoir pour objet ni pour effet de priver le législateur français de compétences que lui confère la Constitution, ni d'attribuer aux autorités du territoire des prérogatives contraires à la Constitution.

Le Conseil constitutionnel marque ainsi très nettement sa volonté de refuser toute division de la source normative initiale, quand bien même cette division trouverait son origine dans une convention. Si la convention se présente comme un contrat relatif à l'exercice des compétences, elle s'inscrit dans le cadre des compétences délimitées par le législateur national et sa validité dépend en fin de compte de l'approbation de ce dernier. Le législateur, pour la mise en œuvre des compétences, a le choix entre une intervention unilatérale ou une intervention contractuelle. Mais, s'il opte pour cette deuxième formule, il ne se lie pas pour autant : comme le souligne H.Labayle, "l'autolimitation du législateur ne saurait prendre un caractère définitif et le lien ainsi noué doit être à chaque instant susceptible d'être défait" (55). Le législateur, en définitive, effectue un choix qui n'est guère contraignant puisqu'il est à la fois partie à la convention et auteur de la délimitation des compétences dans laquelle s'inscrit la convention. L'engagement contractuel du législateur apparaît donc précaire et révoquant puisqu'il peut soit priver d'utilité la convention en retirant à la collectivité territoriale les compétences faisant l'objet de celle-ci, soit modifier unilatéralement les termes de la convention elle-même.

Dans ces conditions, il est évident, comme le souligne le Conseil constitutionnel, que la compétence du Parlement n'est en rien affectée ou restreinte par une telle convention. Toute dérive vers une forme quelconque de fédéralisme se trouve ainsi empêchée et toute atteinte au "centralisme normatif" évitée.

Il apparaît ainsi que la jurisprudence du Conseil constitutionnel s'est attachée à affirmer avec une particulière netteté l'unité du pouvoir normatif initial. Le principe de l'unité de l'État, qui en est le fondement, se trouve ainsi garanti avec fermeté. On voit mal comment, en l'état actuel de la jurisprudence, une quelconque autonomie normative des collectivités territoriales pourrait être instituée.

Le schéma des relations entre normes nationales et normes locales, jusqu'ici relativement simple, se complique quelque peu lorsqu'on aborde la question du pouvoir normatif secondaire. Celui-ci, en effet, se caractérise par sa pluralité, source de complexité.

---

(55) Note précitée, *JCP* 1985, II, 20352.

## II - LA PLURALITÉ DU POUVOIR NORMATIF SECONDAIRE

Si l'on entend par "pouvoir normatif secondaire" le pouvoir de mettre en œuvre la loi, la question est de savoir, s'agissant des lois relatives aux collectivités territoriales, qui est compétent pour prendre les mesures destinées à leur mise en œuvre.

Deux thèses antinomiques ont pu être avancées, l'une considérant que le Premier ministre disposerait à cet égard du monopole du pouvoir réglementaire, l'autre estimant que le pouvoir réglementaire gouvernemental devrait être exclu de cette mise en œuvre, au profit des autorités locales (56).

En réalité, le droit positif, et la jurisprudence du Conseil constitutionnel conduisent à considérer qu'il n'existe d'exclusivité ni du pouvoir réglementaire national, ni du pouvoir réglementaire local pour la mise en œuvre des lois relatives aux collectivités territoriales. C'est en ce sens que l'on peut parler de pluralité du pouvoir normatif secondaire.

Il n'en demeure pas moins que le règlement national constitue la source principale dans la mise en œuvre de la loi et le règlement local une source subsidiaire, comme l'a soutenu le doyen Favoreu (57).

### A - LE RÈGLEMENT NATIONAL, SOURCE PRINCIPALE

L'idée selon laquelle le pouvoir réglementaire national devrait en quelque sorte être exclu de la mise en œuvre des lois relatives aux collectivités territoriales n'a pas été confirmée par la jurisprudence du Conseil constitutionnel.

#### 1°) La thèse de la "désétatisation" du pouvoir réglementaire

Selon certains auteurs, relève le doyen Favoreu, "la libre administration des collectivités territoriales proclamée par l'article 72 de la Constitution impliquait nécessairement, quant à l'exécution des lois, l'exclusion du pouvoir réglementaire "national" au profit du pouvoir réglementaire "local" : il fallait "désétatiser" le pouvoir réglementaire afin de revenir à la véritable conception de la libre administration prônée par l'article 72" (58).

C'est ainsi qu'il fut proposé que les dispositions réglementaires régissant les services publics locaux et les personnels des collectivités territoriales relèvent de la compétence des autorités locales (59). Un certain nombre de propositions de loi allant en ce sens furent même déposées en 1979 au Sénat mais elles se heurtèrent à une exception d'inconstitu-

(56) Sur cette controverse, voir notamment : La réforme des collectivités locales. Principe de libre administration et statut du personnel, 1ères rencontres d'Angers, 23-24 septembre 1983, *Cahiers du CFPC* n° 13, oct. 1983 ; J.-M. Auby, Le pouvoir réglementaire des autorités des collectivités territoriales, *AJDA* 1984, p. 469.

(57) V. Louis Favoreu, Libertés locales et libertés universitaires, *RDP* 1984, p. 694 ; Les sources du droit de la fonction publique territoriale, *RFDA* 1985 p. 318 et s.

(58) art. précit., *RDP* 1984, p. 694.

(59) M. Bourjol, L'état du fonctionnaire local, in *La fonction publique locale*, Paris, Cujas 1979, p. 133.

tionnalité (60) si bien que, quelques mois plus tard, les propositions de réforme des collectivités territoriales déposées par le groupe socialiste à l'Assemblée Nationale prévoyaient que la dévolution du pouvoir réglementaire aux autorités locales impliquait une réforme de la Constitution, et notamment de l'article 37 (61). Toutefois, la thèse de la "désétatisation" du pouvoir réglementaire fut reprise en doctrine, notamment par M. Bourjol (62) et par F. Luchaire qui affirmait qu'"une matière d'intérêt territorial est régie soit par la loi, soit par une autorité territoriale" et qu'"il n'y a donc pas de place pour la compétence réglementaire du gouvernement" (63).

Cette thèse avait été critiquée par le doyen Favoreu qui estimait notamment qu'elle se heurtait à l'article 21 de la Constitution confiant le pouvoir réglementaire au Premier ministre (sous la seule réserve de l'article 13 attribuant certaines compétences au Président de la République) (64). D'un point de vue pratique, on peut aussi souligner qu'il était difficilement concevable qu'une même loi puisse faire l'objet d'autant de règlements d'application différents qu'il existe de collectivités territoriales, (65) sauf à admettre que le législateur, pour éviter une parcellisation excessive du pouvoir réglementaire, puisse confier le pouvoir réglementaire dans tel ou tel domaine (par exemple la fonction publique territoriale) à un organisme national dont la composition assurerait la représentation des collectivités territoriales.

Quoi qu'il en soit, admettre qu'en vertu de l'article 72 de la Constitution les autorités locales devraient être seules compétentes pour mettre en œuvre les lois relatives aux collectivités territoriales, c'est soutenir par la même que le législateur ne pourrait, sous peine d'inconstitutionnalité, "conférer le pouvoir réglementaire correspondant à la libre administration des collectivités locales à d'autres autorités que celles visées, explicitement ou non, par l'article 72 et en particulier à l'autorité étatique nationale" (66).

En réalité, le droit positif ne reflète pas cette conception. Nombreuses sont les lois de décentralisation ayant renvoyé pour leur application soit à des décrets en Conseil d'État soit à des décrets simples.

Le Conseil constitutionnel, quant à lui, a pris position en faveur de la possibilité pour le législateur de renvoyer au règlement national le soin de mettre en œuvre les lois relatives aux collectivités territoriales.

## 2°) La position du Conseil constitutionnel

Dans sa décision 168 DC du 20 janvier 1984 relative au statut de la fonction publique territoriale le Conseil constitutionnel n'a pas censuré les dispositions de la loi déferée qui renvoyait, pour son application, à une cinquantaine de décrets pour sa mise en œuvre et qui n'envisageait aucunement l'intervention du pouvoir réglementaire local. Certes, les

(60) V. Louis Favoreu, art. précit., *RDPC* 1984 p. 695 et *RFDA* 1985, p. 318.

(61) *Ibidem*.

(62) Désétatiser le pouvoir réglementaire des collectivités locales, un débat toujours actuel, *Cahiers du secteur public*, 1982, n° 3/4, p. 30.

(63) Les fondements constitutionnels de la décentralisation, *RDPC* 1982, p. 1557.

(64) Voir intervention au Colloque d'Angers *Cahiers du CFPC* n° 13, octobre 1983, p. IX

(65) En ce sens, v. not. J. Bourdon, J.M. Pontier, J.C. Ricci, *Droit des collectivités territoriales, op. cit.*, p. 134 ; J.M. Auby, art. préc., *AJDA* 1984, p. 476.

(66) J.M. Auby, art. précit., *AJDA* 1984 p. 476.

requérants avaient omis d'invoquer ce moyen, mais le juge constitutionnel aurait très bien pu le soulever d'office comme il l'a fait, dans cette même décision, à propos de deux dispositions de la loi renvoyant à des décrets (67).

Cette position du Conseil constitutionnel a été confirmée par la décision 237 DC du 30 décembre 1987 (loi de finances pour 1988) dans laquelle il est précisé que si "la loi détermine les principes fondamentaux de la libre administration des collectivités territoriales, il appartient au pouvoir réglementaire... d'assurer leur mise en œuvre" et par la décision 274 DC du 29 mai 1990 aux termes de laquelle "la fixation de mise en œuvre des principes posés par la loi relève de la compétence du pouvoir réglementaire". Il s'agit, évidemment, dans les deux cas du pouvoir réglementaire national et non du pouvoir réglementaire local.

Il apparaît donc, comme le souligne le doyen Favoreu, que la formule de l'article 72 doit se lire de la manière suivante : "les collectivités territoriales s'administrent librement dans les conditions prévues par la loi et les règlements d'application, étant entendu qu'il s'agit des règlements nationaux pris en application des lois" (68). De même convient-il de relever, avec le doyen Auby, que "le Premier ministre, lorsqu'il est habilité à prendre un règlement dans le domaine de l'administration locale ne peut investir l'autorité locale d'une compétence réglementaire, par exemple subdéléguer celle que lui a attribuée la loi. En effet, une compétence est génératrice d'obligations pour son titulaire (même si elle est largement discrétionnaire) et il n'appartient pas au gouvernement d'imposer à l'autorité locale des limitations de compétence non prévues par la loi" (69).

Le même auteur considère également qu'il serait souhaitable, pour respecter l'esprit de l'article 72, que le législateur, dans la mesure du possible, investisse des compétences réglementaires les autorités locales plutôt que les autorités étatiques (70). Mais, jusqu'à présent, la jurisprudence du Conseil constitutionnel ne fournit sur ce point aucune directive au législateur et, partant, ne lui impose aucune limite.

S'agissant de l'intervention du pouvoir réglementaire national, toutes les questions n'ont pas pour autant été résolues par le Conseil constitutionnel, et notamment celle de savoir si, en l'absence d'habilitation expresse du législateur, le pouvoir réglementaire gouvernemental est compétent pour mettre en œuvre une loi relative à l'administration locale, sur le fondement de la compétence générale que lui confère l'article 21 de la Constitution (71). Si l'on admet une réponse positive, ces règlements ne vont-ils pas, comme le souligne le doyen Auby (72), "établir au-dessus des autorités locales une "couche" normative qui s'imposera à ces autorités", réduisant d'autant, par la même, la libre administration des collectivités ?

Pour F. Luchaire, lorsqu'il s'agit de déterminer les modalités d'exécution par une collectivité territoriale d'une compétence qui lui est

(67) Voir : Louis Favoreu, art. précit. *RDP* 1984, p. 696 et *RFDA* 1985 p. 319.

(68) L. Favoreu, *R.F.D.A.* 1985, p. 320.

(69) Art. précit., *AJDA* 1984 p. 477.

(70) Art. précit., *AJDA* 1984, p. 476. M. Bourjol écrit quant à lui qu'on est en présence de cette situation paradoxale que les collectivités territoriales participant, par l'intermédiaire du Sénat, à la confection des lois, mais qu'elles sont écartées de l'élaboration des règlements "autonomes" les concernant" (*Jurisclasseur collectivités locales*, V<sup>e</sup> Constitution, n<sup>o</sup> 60).

(71) V. J.M. Auby, art. précit., *AJDA* 1984, p. 476.

(72) *Ibidem*, p. 477.

propre, un règlement gouvernemental ne peut intervenir que s'il est expressément prévu par la loi, à peine de porter atteinte à l'autonomie locale (73). J.C. Douence considère quant à lui que si le gouvernement peut prendre des règlements d'application, "il ne saurait apporter à la libre administration des collectivités locales d'autres restrictions que celles qui résultent déjà d'une disposition législative, à moins de bénéficier d'une habilitation législative expresse..." (74). Cette dernière opinion à laquelle se rallie le doyen Auby (75), semble plus conforme à l'article 21 de la Constitution puisqu'elle n'exclut pas la compétence d'exécution des lois conférée au Premier ministre, tout en étant compatible avec l'article 72 puisqu'elle limite cette compétence, lorsqu'elle s'exerce sans habilitation expresse du législateur, à des questions qui ne sont pas susceptibles de restreindre le principe de libre administration.

Quoiqu'il en soit, il est acquis qu'une loi relative à l'administration locale peut, sans être inconstitutionnelle au regard de l'article 72, conférer au règlement national le soin de mettre en œuvre ses dispositions.

L'intervention du règlement local n'en est pas pour autant exclue.

## B - LE RÈGLEMENT LOCAL, SOURCE SUBSIDIAIRE

L'opinion a été soutenue selon laquelle l'article 21 de la Constitution établirait au profit du Premier ministre un monopole du pouvoir réglementaire, sous réserve des pouvoirs conférés par l'article 13 au Président de la République et sous réserve de l'intervention des ministres par voie de délégation (76). Le Parlement ne pourrait donc, à peine d'inconstitutionnalité, priver le Premier ministre de cette compétence réglementaire en désignant comme titulaire de ce pouvoir les autorités des collectivités territoriales.

En réalité, cette thèse ne correspond pas au droit positif et la jurisprudence du Conseil constitutionnel n'interdit pas l'intervention du pouvoir réglementaire local dans la mise en œuvre de la loi, même si ce n'est qu'à titre subsidiaire. Cela amène à considérer, d'une part, les conditions d'intervention du pouvoir réglementaire local et, d'autre part, les autorités qui peuvent en être titulaires.

### 1°) Les conditions d'intervention du pouvoir réglementaire local

Le législateur peut, sans aucun doute, habiliter les autorités des collectivités locales à fixer des normes permettant de mettre en œuvre la loi. Il ne s'agit pas, pour le législateur, de renoncer à l'exercice de sa compétence en la déléguant, mais bien plutôt de fixer "le cadre dans lequel peut se déployer le pouvoir décisionnaire" en lui retirant par la même son caractère

(73) Art. précit., *RDP* 1982, p. 1561.

(74) *Cahiers du secteur public*, 1983, n° 1, p. 37.

(75) *AJDA* 1984, p. 477.

(76) Voir notamment : M. de Tinguy, rapporteur du projet de loi sur le développement des responsabilités des collectivités locales, *J.O. déb. Sénat*, séance du 4 octobre 1979, p. 2964 ; M. Bécam, secrétaire d'État chargé des collectivités territoriales, *J.O. déb. Sénat*, séance du 4 octobre 1979, p. 2965 ; G. Defferre, ministre de l'Intérieur et de la Décentralisation, *J.O. déb. Sénat*, 21 octobre 1982, p. 4710. Pour l'exposé détaillé de cette opinion et sa discussion, V. J.-M. Auby, art. précit., *AJDA* 1984, p. 471 et p. 473.

inconditionné (77). Les compétences réglementaires peuvent être conférées aux autorités locales soit de manière explicite (mise en œuvre d'une loi dans un domaine déterminé) soit de manière implicite par l'attribution d'une compétence dont l'exercice implique nécessairement un pouvoir de réglementation (par exemple l'attribution au maire du pouvoir de police ou encore la compétence en matière d'administration des propriétés communales). La loi qui, explicitement ou implicitement, confère une compétence réglementaire à une autorité locale décentralisée n'attribue à cette autorité qu'un moyen indispensable à l'exercice d'une fonction qui lui a été confiée par cette même loi ou par une loi antérieure. Elle n'a donc pas pour but de lui conférer une partie du pouvoir réglementaire que l'article 21 (et l'article 13) de la Constitution reconnaît aux autorités étatiques (78). Elle vise simplement à permettre aux collectivités territoriales de s'administrer librement dans les conditions que la loi fixe elle-même. La dévolution d'une compétence réglementaire aux autorités locales trouve donc son fondement dans l'article 72 de la Constitution mais le pouvoir normatif secondaire, tout comme le pouvoir normatif initial, résulte dans tous les cas d'une habilitation législative.

Le Conseil constitutionnel, comme le relève le doyen Auby, n'a, quant à lui, jamais censuré les dispositions des lois déferées qui attribuaient un pouvoir réglementaire à des autorités locales (il aurait pu soulever d'office ce moyen) comme par exemple la compétence de la police du domaine départemental attribuée au président du Conseil général par l'article 25 de la loi du 2 mars 1982 (79).

En outre, saisi de diverses lois conférant des compétences réglementaires à des "autorités administratives indépendantes" ou à des ministres, le Conseil constitutionnel a clairement admis que l'article 21 de la Constitution ne fait pas obstacle à ce que le législateur confie à une autorité publique autre que le Premier ministre le soin de fixer des normes permettant de mettre en œuvre une loi (80).

Cependant, afin de préserver la compétence réglementaire du Premier ministre, le Conseil constitutionnel a fixé des conditions à l'octroi d'un pouvoir réglementaire à d'autres autorités, conditions renforcées d'ailleurs dans ses décisions du 17 janvier 1989 et 22 janvier 1990 par rapport à celles posées dans sa décision du 17 septembre 1986 (81). Il apparaît, en effet, que l'habilitation donnée par le législateur ne doit concerner que des "mesures de

(77) C. Teitgen-Colly, *Les instances de régulation et la Constitution*, RDP 1990, p. 167.

(78) En ce sens : C. Bacoyannis, thèse précitée, p. 228.

(79) Art. précité, AJDA 1984, p. 473. Par ailleurs, on peut aussi relever que dans la décision 223 DC du 29 décembre 1986 (loi de finances rectificative), le Conseil constitutionnel a admis que la loi, en fixant la limite de la majoration du taux de l'imposition qu'elle autorisait, avait pleinement exercé sa compétence prévue par l'article 34 de la Constitution et que rien ne s'opposait à ce que la même loi habilite les autorités des collectivités territoriales à déterminer, dans la fourchette ainsi établie, le taux d'une certaine taxe.

(80) V. C.C., décision 217 DC du 19 septembre 1986 (liberté de communication), *Rec.* p. 141 ; 248 DC du 17 janvier 1989 (Conseil supérieur de l'audiovisuel) in L. Favoreu et L. Philip, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, op. cit., n° 44, p. 723 ; 269 DC du 22 janvier 1990 (loi portant diverses dispositions relatives à la sécurité sociale et à la santé), *Revue française de droit constitutionnel* 1990, n° 2, comm. L. Favoreu.

(81) Voir, pour l'analyse de ces conditions : C. Teitgen-Colly, art. précité., RDP 1990, pp. 173 et s. ; L. Favoreu, et L. Philip, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, op. cit., p. 740.

*portée limitée, tant par leur champ d'application que par leur contenu*". La compétence réglementaire attribuée à d'autres autorités que le Premier ministre se trouve limitée à la fois "en surface" et "en profondeur" (82) ; autrement dit, la compétence réglementaire ne doit porter "ni sur des matières trop vastes, ni sur des matières trop importantes" (83).

La question peut se poser de savoir si cette jurisprudence concernant la dévolution de compétences réglementaires à des autorités administratives indépendantes ou à des ministres peut également s'appliquer aux compétences réglementaires attribuées par le législateur aux autorités locales décentralisées.

Sur le principe même de la dévolution, la formule utilisée par le Conseil constitutionnel dans sa décision du 22 janvier 1990 permet sans aucun doute d'englober les autorités locales puisqu'elle mentionne les "autorités publiques" (à qui le législateur peut confier le soin de fixer des normes permettant de mettre en œuvre une loi), alors que les décisions des 19 septembre 1986 et 17 janvier 1989 mentionnaient les "autorités de l'État" ce qui, à l'évidence, était plus restrictif.

Les compétences réglementaires dévolues aux autorités locales semblent cependant se différencier sur deux points de celles pouvant être conférées à d'autres autorités administratives (84).

Tout d'abord, dans la mesure où elles représentent un des moyens essentiels de la libre administration, les compétences des collectivités territoriales doivent être effectives, comme l'a d'ailleurs précisé le Conseil constitutionnel (85), et on peut considérer que le législateur ne pourrait priver les autorités décentralisées de la totalité (ou de l'essentiel) des pouvoirs réglementaires qui leur ont été attribués pour l'exercice de leurs compétences, sous peine de méconnaître l'article 72 de la Constitution. Rien de comparable évidemment en ce qui concerne les "autorités administratives indépendantes" ou encore les ministres qui pourraient se voir retirer par une loi l'intégralité de leurs compétences réglementaires sans que cela ne soulève d'objection du point de vue constitutionnel.

Ensuite, l'exercice des compétences réglementaires des autorités décentralisées se situant à l'échelon local, dans le cadre de chaque collectivité, le risque existe de mettre en cause le principe d'égalité ainsi que le principe de l'unicité des conditions d'exercice d'une liberté publique. On peut rappeler, en effet, que dans sa décision 189 DC du 18 janvier 1985 le Conseil constitutionnel a, de manière très ferme, posé que "si le principe de libre administration des collectivités territoriales a valeur constitutionnelle, il ne saurait conduire à ce que les conditions essentielles d'application d'une loi organisant l'exercice d'une liberté publique dépendent de décisions des collectivités territoriales et puissent ainsi ne pas être les mêmes sur l'ensemble du territoire" (86).

Ainsi, les compétences réglementaires dévolues aux autorités locales, si elles sont nécessaires pour assurer l'effectivité du principe de libre administration, ne peuvent cependant porter sur la mise en œuvre de lois

(82) L. Favoreu et L. Philip, p. 740.

(83) C. Teitgen-Colly, art. précit., p. 174.

(84) Voir : C. Bacoyannis, thèse précit., p. 240.

(85) C.C., décision 196 DC du 8 août 1985, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, op. cit., n° 40, p. 631.

(86) *Rec.*, p. 36 ; *RDP* 1986, p. 395, comm. L. Favoreu ; *AJJC* 1985, p. 416, comm. B. Genevois.

organisant les libertés publiques, ce qui est évidemment plus restrictif que le domaine pouvant être attribué aux autorités administratives situées à l'échelon national.

Deux questions, enfin, peuvent être brièvement évoquées, même si leur réponse ne dépend pas du juge constitutionnel.

La première concerne l'hypothèse où le législateur n'a expressément habilité ni le règlement national ni le pouvoir réglementaire local pour la mise en œuvre d'une loi relative à l'administration locale. Dans ces conditions, l'autorité de la collectivité territoriale peut-elle fixer d'elle-même les modalités d'exécution de la loi ?

M. Bourjol apporte une réponse positive à cette question, estimant que les collectivités locales disposent d'un pouvoir direct d'exécution des lois trouvant sa source dans l'article 72 de la Constitution, en l'absence de dispositions contraires confiant l'édiction des règlements d'application au Premier ministre (87). On retrouve là le raisonnement déjà évoqué à propos du pouvoir normatif initial. L'auteur, à l'appui de son affirmation, invoque un arrêt du Conseil d'État du 13 février 1985, *Syndicat communautaire d'aménagement de la ville nouvelle de Cergy-Pontoise* (88), d'où il ressort, qu'en l'absence de renvoi par une loi à un décret d'application "il appartient dès lors à l'organe de la collectivité locale ou de l'établissement public compétent pour organiser les services de cette collectivité ou de cet établissement de fixer les règles d'application de la loi".

En réalité, le Conseil d'État ne vise nullement l'article 72 de la Constitution et rattache cette compétence réglementaire au pouvoir d'organisation du service de la collectivité ou de l'établissement (89). Comme le souligne le doyen Favoreu, "l'intervention des organes de la collectivité locale ou de l'établissement public n'est autorisée qu'à défaut de mise en œuvre des dispositions législatives par un décret" (90). En effet, c'est après avoir constaté que la loi ne renvoyait pas à un décret pour son application que le Conseil d'État admet la compétence des autorités locales.

Cette dernière, pour la mise en œuvre des lois, apparaît donc comme une compétence subsidiaire : elle ne peut s'exprimer qu'en cas de lacune de la réglementation et lorsque les nécessités du service l'exigent (91). Autrement dit, dans le silence du législateur, le pouvoir réglementaire local ne peut s'exercer que dans l'hypothèse où le pouvoir réglementaire national n'est pas lui-même intervenu.

La deuxième question en suspens est celle de savoir si le règlement national peut intervenir, pour la mise en œuvre de la loi, dans un domaine que celle-ci a attribué à la compétence de l'autorité locale. Autrement dit, le Premier ministre en vertu de la compétence réglementaire générale qui lui est

(87) *Jurisqueleur collectivités locales*, V° Constitution, n° 61 ter.

(88) *AJDA* 1985, p. 271, note J. Moreau ; *RFDA* 1989 p. 368, note J.-C. Douence et obs. particulières L. Favoreu, p. 371.

(89) J. Moreau (note précitée *AJDA* 1985, p. 271) évoque à cet égard la jurisprudence Jamart (CE, 7 février 1936). J.-C. Douence estime quant à lui que le véritable fondement est l'article L 121-26 du code des communes ("Le conseil municipal règle par ses délibérations les affaires de la commune") et qu'il ne s'agirait donc pas "d'une compétence résiduelle existant sans texte mais d'une compétence générale fondée sur une loi" (obs précitées, *RFDA* 1985, p. 369).

(90) Observations précitées, *RFDA* 1985, p. 371.

(91) *Ibidem*.

reconnue par l'article 21 de la Constitution, peut-il empiéter sur le pouvoir réglementaire attribué par le législateur à une autorité locale ?

Mme Teitgen-Colly, à propos du pouvoir réglementaire des "autorités administratives indépendantes", considère qu'il est difficile de voir dans la jurisprudence constitutionnelle "la consécration d'une compétence générale du Premier ministre lui permettant d'exercer son pouvoir réglementaire en toute circonstance, et en particulier lorsque la loi a déjà expressément chargé une autorité particulière de réglementer la matière" (92). En affirmant que le pouvoir réglementaire de ces autorités doit s'exercer "dans le cadre défini par les lois et règlements", le Conseil constitutionnel consacrerait la supériorité hiérarchique des règlements du Premier ministre, excluant ainsi tout assujettissement de ses décisions à celle des autres autorités détentrices d'un pouvoir réglementaire, sans pour autant affirmer que le champ de compétence du pouvoir réglementaire du Premier ministre irait jusqu'à recouvrir celui de ces autres autorités (93). Toutefois, l'auteur ajoute que "le pouvoir de mise en œuvre, en raison de son fondement constitutionnel ne peut être supprimé par un acte juridique dont la valeur est inférieure à la Constitution. Aussi, le législateur ne peut-il interdire au titulaire constitutionnel du pouvoir de mise en œuvre qu'est le Premier ministre, d'exercer une compétence que lui donne la Constitution" (94). Partant, la compétence réglementaire spéciale dévolue par le législateur à une autorité administrative ne peut être, là encore, que résiduelle (95).

Encore convient-il de remarquer que, dans l'hypothèse où une loi a expressément conféré une compétence réglementaire à une autorité locale, celle-ci constitue un moyen de la libre administration des collectivités. Il semble donc difficile d'admettre que le règlement national puisse s'immiscer dans le domaine confié au règlement local et dessaisir partiellement ou totalement de leur compétence les autorités administratives décentralisées sans porter atteinte au principe de libre administration. On pourrait d'ailleurs reprendre ici le raisonnement développé dans l'hypothèse où le législateur n'a prévu aucune habilitation (ni au profit du règlement local ni au profit du règlement national) pour la mise en œuvre de la loi (96).

Ce ne serait certes pas au Conseil constitutionnel mais au Conseil d'État de sanctionner, le cas échéant, un décret gouvernemental intervenant dans un domaine où le législateur a donné compétence réglementaire à une autorité locale. Il est à cet égard intéressant de relever que celui-ci, à propos du pouvoir réglementaire dévolu par la loi à un ministre, considère "qu'il n'appartient pas au Premier ministre d'intervenir dans les affaires confiées à ce ministre" (97), le chef du gouvernement ne pouvant être considéré comme un supérieur hiérarchique pouvant "superposer" ses décisions à celles du ministre (98). Le principe de libre administration, *a fortiori*, doit commander

---

(92) Article précité, RDP 1990, p. 176.

(93) *Ibidem*.

(94) *Ibidem*, p. 177.

(95) *Ibidem*. En ce sens, L. Favoreu et L. Philip, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel, op. cit.*, p. 741.

(96) Voir *supra* p. 88.

(97) N. Questiaux, concl. sous C.E., 12 novembre 1965, *Compagnie marchande de Tunisie*, AJDA 1966, p. 67.

(98) V. C. Teitgen-Colly, art. précité, RDP 1990, p. 178.

la même position du juge administratif face aux empiétements du pouvoir réglementaire du Premier ministre sur celui des autorités locales.

Ainsi, comme on vient de le voir, les relations entre règlement national et règlement local dans la mise en œuvre des lois peuvent soulever certaines difficultés. Reste encore à savoir quelles sont les autorités qui peuvent se voir confier au plan local des compétences réglementaires.

## 2°) Les titulaires du pouvoir réglementaire local

En précisant que la libre administration des collectivités territoriales est assurée par des "conseils élus", l'article 72 de la Constitution confère t-il à ces conseils une compétence exclusive en matière d'administration locale, plus précisément s'agissant des compétences réglementaires ?

En d'autres termes, la dévolution par le législateur de telles compétences à des organes autres que les assemblées délibérantes est-elle conforme à la Constitution ?

Il semble bien, en réalité, que l'article 72 établisse surtout la volonté du constituant de consacrer le principe de l'élection des conseils et d'interdire par la même le recours à des administrateurs nommés (99). En revanche, il n'interdit pas au législateur d'attribuer, explicitement ou implicitement, des compétences réglementaires à des organes autres que les conseils élus, à condition toutefois, que ces derniers conservent l'essentiel des compétences afférentes à la libre administration et que celles-ci soient effectives.

Ainsi, nombreuses sont les lois ayant confié à l'exécutif de la collectivité locale des compétences réglementaires (la police municipale au maire par exemple) ou organisé les délégations des conseils élus à l'organe exécutif de la collectivité (art. L. 122-20 du Code des communes pour les délégations du Conseil municipal au maire, art. 24 et 71 de la loi du 2 mars 1982 pour les délégations des conseils généraux et régionaux à leurs bureaux). Lorsqu'il a été saisi de ces textes, le Conseil constitutionnel n'a pas soulevé d'office l'inconstitutionnalité de ces dispositions. Il en va de même des dispositions de la loi du 31 décembre 1982 (statut de Paris, Lyon et Marseille) permettant aux conseils municipaux des communes de moins de 100.000 habitants d'attribuer au maire délégué ou à la commission consultative d'une commune associée "tout ou partie" des compétences des organes d'arrondissement (100).

De même, il semble que le législateur pourrait conférer un pouvoir décisionnaire aux citoyens de la collectivité statuant par la voie du référendum. "Dans la mesure où le Conseil constitutionnel estime que le législateur est compétent pour autoriser les conseils locaux à déléguer une partie de leur compétence à d'autres organes locaux, on ne voit pas pourquoi il ne pourrait les autoriser à confier au "corps électoral", sur un problème particulier, le pouvoir de décision" souligne, à juste titre, M. Bourjol (101).

(99) Voir : C. Bacoyannis, thèse précitée, p. 273 et s., ainsi que : J. Bourdon, *Administration et monde rural*, L.G.D.J., 1980, p. 52.

(100) Voir M. Bourjol, *Juriclasser collectivités locales*, V<sup>e</sup> Constitution, n° 90.

(101) *Ibidem*, n° 91. En ce sens, voir aussi : J. Bourdon, J.-M. Pontier, J.-C. Ricci, *Droit des collectivités territoriales*, op. cit., p. 110.

Enfin après avoir fait l'objet de controverses doctrinales (102), la question s'est posée, devant le juge constitutionnel, de savoir si le législateur pouvait confier à des organismes interterritoriaux situés au niveau régional ou national et représentatifs des collectivités locales, l'exercice de compétences réglementaires entrant dans le cadre de l'administration locale.

Dans sa décision 168 DC du 20 janvier 1984 le Conseil constitutionnel a admis que les dispositions de la loi déferée, conférant certaines compétences en matière de recrutement et de gestion du personnel des collectivités locales à des centres de gestion composés d'élus locaux (centres de gestion auxquels l'affiliation des collectivités était obligatoire), n'était pas contraire à la Constitution. Le Conseil rejetait ainsi l'argument des députés requérants selon lequel l'article 72 de la Constitution aurait fait obstacle à une telle dévolution de compétences (103), tout en précisant que celle-ci ne devait pas priver chacune des collectivités territoriales de l'essentiel de ses pouvoirs en matière de recrutement et de gestion du personnel et porter ainsi atteinte au principe de libre administration (104).

De même, dans une décision 251 DC du 12 janvier 1989 (105) le Conseil constitutionnel a admis que la loi pouvait créer un établissement public auquel sont confiées des missions d'intérêts commun à un ensemble de collectivités territoriales, notamment en matière de formation ou de gestion des personnels de la fonction publique territoriale. Toutefois, s'agissant d'un organisme composé à parité de représentants des syndicats des fonctionnaires territoriaux et de représentants élus des collectivités, le Conseil constitutionnel exige que, pour ce qui a trait aux tâches de recrutement et de gestion des personnels, le pouvoir de décision revienne, en dernière analyse, aux représentants des collectivités territoriales.

Ainsi, la dévolution de compétences (notamment réglementaires) aux organismes interterritoriaux est-elle étroitement encadrée par le Conseil constitutionnel qui veille à ce qu'elle ne remette pas en cause le droit de chaque collectivité de s'administrer librement.

---

(102) Voir les interventions de L.Favoreu, J.-M. Auby et M. Bourjol au colloque d'Angers des 23 et 24 septembre 1983, in *Les cahiers du CFPC*, octobre 1983, n° 13, p. XI et s.

(103) Voir le texte de la saisine, *J.O.* 21 janvier 1984, p. 373.

(104) Dans cette décision le Conseil constitutionnel a annulé certaines dispositions de la loi comme contraire au principe de libre administration. V. L. Favoreu, *Libertés locales et libertés universitaires*, *RDJ* 1984, p. 687 ; J.-C. Nemery, *AJDA* 1984, p. 258.

(105) *J.O.* 13 janvier 1989, p. 529.



R.R.J. 1992-1  
Pages 97 à 128

- III -

DROIT DE LA CULTURE



**DES ŒUVRES AUX MARCHES DU DROIT  
D'AUTEUR :**

**LES ŒUVRES DE L'ESPRIT PERCEPTIBLES  
PAR L'ODORAT, LE GOÛT ET LE TOUCHER**

**Par**

**Olivier LALIGANT**

**Maître de Conférences à l'Université de Droit, d'Économie 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

	N°
<b>Introduction</b> .....	1 à 4
<b>I - LES ŒUVRES DE L'ESPRIT PERCEPTIBLES PAR L'ODORAT ET LE DROIT D'AUTEUR</b> .....	5 à 11
<b>A - La question de la protection du parfum par le moyen du droit d'auteur</b> .....	6 à 8
a) La spécificité du parfum .....	7
b) Les incidences de cette spécificité .....	8
<b>B - Les conditions de mise en jeu de la protection du parfum par le moyen du droit d'auteur</b> .....	9 à 11
a) Le parfum, œuvre de l'esprit protégeable au titre du droit d'auteur .....	10
b) Le parfum, œuvre de l'esprit protégée par le droit d'auteur .....	11
<b>II - LES ŒUVRES DE L'ESPRIT PERCEPTIBLES PAR LE GOÛT ET LE TOUCHER ET LE DROIT D'AUTEUR</b> .....	12 à 16
<b>A - Les œuvres de l'esprit perceptibles par le goût</b> .....	13 à 15
a) Les créations culinaires .....	14
b) Les boissons composées : vins et breuvages .....	15
<b>B - Les œuvres de l'esprit perceptibles par le toucher</b> .....	16
<b>Conclusion</b> .....	17

## INTRODUCTION

1. - La question de savoir si les œuvres de l'esprit perceptibles par l'odorat, le goût et le toucher peuvent bénéficier de la protection offerte aux œuvres de l'esprit par le droit d'auteur n'a guère suscité de développements en doctrine et n'a donné lieu à pratiquement aucune décision en justice.

Aussi est-il au préalable d'autant plus indispensable, pour qui veut envisager cette question, de préciser la notion d'œuvre de l'esprit au sens du droit d'auteur, car ce n'est véritablement qu'après qu'il sera possible de se demander, utilement, si les œuvres de l'esprit perceptibles par l'odorat, le goût et le toucher sont susceptibles de bénéficier de la protection offerte par le droit d'auteur.

2. - Pour préciser la notion d'œuvre de l'esprit au sens du droit d'auteur, la meilleure méthode est encore, selon nous, de se placer successivement à deux points de vue assez différents : celui de l'œuvre protégeable et celui de l'œuvre protégée. En effet s'interroger sur l'œuvre protégeable au titre du droit d'auteur, c'est se demander à proprement parler ce qu'il faut entendre par œuvre de l'esprit au sens du droit d'auteur, alors que s'interroger sur l'œuvre protégée par le droit d'auteur, c'est se demander quelles caractéristiques doit en outre présenter cette œuvre protégeable pour être effectivement protégée...

**I. - L'œuvre protégeable.** - Les quelques indications apportées à cet égard par la loi du 11 mars 1957 se révèlent à l'examen partielles ou trompeuses. Force est donc de procéder par touches successives...

a) En déclarant à l'article premier de la loi du 11 mars 1957 que l'auteur d'une œuvre de l'esprit jouit sur cette œuvre, du seul fait de sa création, d'un droit d'auteur, le législateur suggère déjà, par l'emploi des mots "œuvres de l'esprit" que l'œuvre protégeable au titre du droit d'auteur doit être le produit, le résultat, d'une activité intellectuelle de l'homme. Mais la généralité de l'expression autorise 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.

b) Déclarer que par œuvre protégeable au titre du droit d'auteur il faut entendre une réalisation procédant, au moins pour partie, d'une activité intellectuelle de l'homme n'est toutefois pas suffisant... 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 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 ou plus largement ce qu'il se représente mentalement (1). Mais se pose alors immédiatement la question de savoir ce qu'il faut

---

(1) Puisque par hypothèse (cf. a.1) il ne peut s'agir que d'une idée produite par l'activité intellectuelle, on ne peut entendre par idée, au sens du droit d'auteur, qu'un élément intellectuel de l'œuvre imaginé ou découvert par l'auteur...

entendre par "forme" au sens du droit d'auteur, notion qui traditionnellement englobe ce que nous appelons la forme apparente (mais qui est habituellement désignée dans la doctrine française par les termes "expression" ou "développements") et ce que nous appelons la forme sous-jacente (mais qui est habituellement désignée dans la doctrine française par les termes "composition" ou "plan")...

Au préalable, il importe toutefois de distinguer la forme de ses éléments constitutifs (2), lesquels sont de nature matérielle, physico-chimique (du papier, du marbre, des couleurs, des sons, etc...) ou de nature immatérielle (éléments appartenant au fonds commun de l'humanité, emprunts licites à des œuvres protégées, emprunts à des œuvres tombées dans le domaine public, procédés et méthodes, souvenirs visuels, auditifs, etc...).

Cela étant précisé, il devient possible de se demander en quoi consiste dans une œuvre de l'esprit les développements et le plan, c'est-à-dire la forme apparente et la forme sous-jacente... Or lorsqu'on analyse en quoi consiste la forme apparente, il apparaît qu'elle est constituée dans une œuvre littéraire par l'agencement des termes, puis des phrases ; dans une œuvre musicale, par la combinaison des sons et des rythmes ; dans une œuvre artistique, par l'amalgame 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 s'il s'agit d'une œuvre cinématographique, etc... Et lorsqu'on analyse en quoi consiste la forme sous-jacente, c'est-à-dire le plan, il apparaît qu'elle est toujours constituée par l'ordonnement, la combinaison des parties principales ou secondaires de l'œuvre, le plan étant toujours, en effet, la disposition selon un certain ordre des parties d'un ensemble. Ainsi dans les deux grandes catégories de forme protégeables par le droit d'auteur existe-t-il un dénominateur commun susceptible de servir de base à une définition. En effet, ainsi que nous venons de le voir, la forme, au stade de la forme apparente comme au stade de la forme sous-jacente, est toujours une combinaison, une conjugaison : soit combinaison des éléments constitutifs de base de l'œuvre (de nature matérielle ou de nature immatérielle), comme il en va dans la forme apparente ; soit conjugaison des parties principales ou secondaires de l'œuvre, comme il en va dans la forme sous-jacente... Dès lors, il paraît possible de définir la forme au sens du droit d'auteur comme ce qui naît de la combinaison, de la conjugaison, d'éléments de nature physico-chimique et de nature mentale. Et la forme apparaît ainsi, essentiellement, comme une somme, une résultante...

c) Déclarer que par œuvre de l'esprit protégeable, au sens du droit d'auteur, il faut entendre une réalisation de formes reste toutefois insuffisant... En effet, bien que la loi du 11 mars 1957 déclare, trompeusement d'ailleurs, que ses dispositions s'étendent à toutes les œuvres de l'esprit (a.2), les interprétations d'œuvres artistiques, littéraires et musicales restent en dehors de son champ d'application, cette catégorie de réalisations de formes étant protégée par une réglementation particulière, voisine du droit d'auteur : la loi du 3 juillet 1985.

---

(2) Pour une analyse plus détaillée de la forme et de ses éléments constitutifs, v. notamment notre article "Problématique de la protection du parfum par le droit d'auteur", Revue de la Recherche Juridique, Droit prospectif, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1989-3, p. 607 et s.

Ce qui invite à réfléchir sur ce qui oppose ces deux sortes de réalisations intellectuelles, puisque, indiscutablement, il y a dans les deux cas réalisation intellectuelle... Sans entrer dans le détail d'une analyse qui n'a pas sa place ici, disons que l'opposition profonde qui existe entre "œuvre" et "interprétation d'une œuvre" réside dans le fait que l'interprétation est indissociable de l'œuvre interprétée, qui lui préexiste. En effet, si l'on prend parmi toutes les œuvres de l'esprit au sens de la loi de 1957 celle qui, à première vue, paraît la plus proche de l'interprétation, à savoir l'œuvre dérivée (anthologie, traduction, adaptation) et si on compare l'œuvre dérivée et l'interprétation il apparaît que l'œuvre dérivée constitue toujours une autre œuvre, car, par hypothèse même, elle a subi une métamorphose d'une nature telle qu'elle se trouve dotée d'une existence autonome, propre, alors que l'interprétation, en dépit de la modification qu'apporte à l'œuvre interprétée l'interprétation, n'est jamais une autre œuvre, mais l'œuvre dans une perspective différente. Telle est la raison de l'impossibilité, pour une interprétation, d'être considérée comme une œuvre de l'esprit protégeable par le droit d'auteur. Et telle est aussi la raison pour laquelle peut-on affirmer que pour qu'il y ait œuvre protégeable par le droit d'auteur, il faut encore qu'une autre condition soit satisfaite, à savoir que l'œuvre soit dotée d'une existence autonome.

Ainsi l'œuvre protégeable au titre du droit d'auteur nous est-elle successivement apparue comme une réalisation... comme une réalisation de formes... comme une réalisation de formes dotée d'une existence autonome... Et en conséquence, il nous paraît dès lors possible de définir l'œuvre protégeable au titre du droit d'auteur comme une réalisation de formes dotée d'une existence autonome...

**II - L'œuvre protégée.** - Qu'une œuvre 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 effectivement, réellement, de la protection offerte par le droit d'auteur, l'œuvre protégeable doit encore présenter certaines caractéristiques, autrement dit répondre à certaines exigences... 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 assez limité...

Certes, il résulte bien de son article 2 que certaines caractéristiques de l'œuvre 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 (la loi, moins clairement, parle de la forme d'expression), du mérite et de la destination... Il en va également ainsi -mais à ce propos la loi est muette- du caractère esthétique de l'œuvre, encore que l'opinion contraire ait eu d'illustres partisans et soit encore parfois soutenue en doctrine (3) comme en jurisprudence...

Mais lorsqu'après avoir indiqué les caractéristiques de l'œuvre qui n'ont pas à être prises en compte, on veut essayer de déterminer les caractéristiques que l'œuvre 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 tourner vers le droit antérieur. Or son examen suggère de distin-

(3) 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 œuvres à caractère esthétique, v. notre étude "La Révolution Française et le Droit d'auteur", R.R.J./D.P., 1989-2.

guer, d'une part, des caractéristiques positives, qui peuvent s'analyser comme autant d'exigences visant à poser les conditions mêmes de la mise en jeu du droit d'auteur et qui sont par le fait même intrinsèques à la matière, 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...

a) Les caractéristiques positives auxquelles est subordonné le bénéfice de la protection sont au nombre de trois...

Pour être protégée, il faut, tout d'abord, que l'œuvre soit perceptible et plus exactement encore "accessible". Mais par là est seulement exigé que l'œuvre soit susceptible d'être perçue par les sens et l'esprit humain... En effet, peu importe qu'elle ne soit en fait accessible qu'à quelques personnes... Cette exigence, qui n'a d'ailleurs été véritablement dégagée qu'au moment où s'est posée la question de savoir si les programmes d'ordinateurs pouvaient bénéficier de la protection offerte par le droit d'auteur (œuvres de l'esprit, s'il en est, inaccessibles au commun des mortels), remonte en réalité à bien plus loin dans le passé puisqu'il est depuis longtemps admis qu'une œuvre musicale en partition peut être protégée par le droit d'auteur...

Pour être protégée, il faut, ensuite, que l'œuvre soit descriptible, et plus précisément encore qu'elle soit susceptible d'être décrite de manière objective. Cette exigence, qui n'a d'ailleurs été clairement dégagée qu'en 1974 lorsque s'est posée la question de savoir si les parfums, compositions d'odeurs, pouvaient bénéficier de la protection du droit d'auteur, apparaît à la réflexion comme allant de soi (c'est la raison pour laquelle elle n'a été dégagée que tardivement). En effet pour bénéficier de la protection offerte par un droit et par les sanctions qui en assurent la garantie, il est indispensable de pouvoir prouver, à tout le moins, l'existence des éléments essentiels de l'objet de ce droit !

Pour être protégée, il faut, enfin, que l'œuvre soit originale. Cette exigence est traditionnellement considérée en droit d'auteur comme l'exigence maîtresse. Aussi n'est-il pas étonnant qu'elle soit à l'heure actuelle en pleine évolution, et cela en raison des extensions récentes de l'objet du droit d'auteur, notamment aux logiciels. En schématisant outrageusement (4) les opinions peuvent néanmoins se rattacher à deux grands courants : l'un subjectif, l'autre objectif... Pour les partisans d'une conception subjective, l'originalité n'est pas autre chose que la trace laissée par la personnalité de l'auteur dans son œuvre, et il est certain que pour les œuvres à caractère esthétique cette conception est tout à fait appropriée (5). Pour les partisans d'une conception objective, l'originalité n'est pas autre chose que la nouveauté dans l'univers des formes, comme l'a avancé Michel Vivant (6) ou encore que la marque de l'apport intellectuel de l'auteur, comme l'a déclaré l'Assemblée Plénière de la

(4) Pour une analyse plus détaillée, v. notre étude "La problématique de la protection du parfum par le droit d'auteur", R.R.J. 1989-3, p. 626 à 630.

(5) 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 œuvres relevant des Belles-Lettres et des Beaux-Arts : v. à ce propos notre étude "La Révolution Française et le Droit d'auteur", R.R.J., 1989-2, p. 343 et s.

(6) V., entre autres, Michel Vivant, "Le logiciel au pays des Merveilles", J.C.P., 1985.I.3208, n° 5 in fine.

Cour de cassation dans son arrêt Pachot du 7 mars 1986 (7). Et il est clair que pour certaines réalisations artistiques contemporaines, pour tout ce qui entre sous l'appellation commode de petite monnaie du droit d'auteur, pour les logiciens enfin, cette conception est, à n'en pas douter, beaucoup plus adaptée... Personnellement, nous ne sommes pas sûr d'ailleurs que les deux conceptions soient aussi opposées qu'on veut bien le dire (8). Quoi qu'il en soit, une chose au moins est certaine : c'est qu'il faut pour qu'une œuvre soit originale, qu'elle présente, soit un reflet de la personnalité de son auteur, soit un apport intellectuel de son auteur...

b) À ces caractéristiques positives, il faut en ajouter une autre, qui est négative, particulière et extrinsèque au droit d'auteur : que l'œuvre ne soit pas exclue de la protection... En effet, pour éviter que ne soient tournées certaines dispositions du droit des inventions brevetables, il a été posé par la législation particulière aux dessins et modèles (qui sont par hypothèse des œuvres de l'esprit protégeables au titre du droit d'auteur) que toute œuvre pouvant être considérée à la fois comme un dessin, ou un modèle, par sa présentation extérieure et comme une invention par son résultat technique est exclue de la protection offerte par la loi sur les dessins et modèles, et corrélativement de la protection offerte par le droit d'auteur, si la forme est strictement déterminée par le résultat technique... Autrement dit, il est en outre exigé, mais pour les seules œuvres entrant dans la catégorie des dessins et modèles, que les éléments de forme de l'œuvre soient dissociables du résultat utilitaire commandé par l'invention...

3. - La notion d'œuvre de l'esprit au sens du droit d'auteur étant précisé, il devient possible de se demander, utilement, si les œuvres de l'esprit perceptibles par l'odorat, le goût et le toucher sont susceptibles de bénéficier de la protection offerte par le droit d'auteur.

Un tel projet peut de prime abord étonner puisque les recueils de jurisprudence ne présentent pratiquement que des litiges portant sur des œuvres de l'esprit perceptibles par la vue et l'ouïe, seules à être d'ailleurs citées à l'a. 3 de la loi du 11 mars 1957 qui vient donner une liste illustrative des créations susceptibles de s'analyser comme des œuvres de l'esprit au sens de la loi, encore que la présence dans la formule légale de l'adverbe "notamment" n'exclut pas, en principe, les œuvres de l'esprit perceptibles autrement que par la vue et l'ouïe...

Un tel projet peut encore sembler vain ou malencontreux, car, dans les rares développements que la doctrine a consacrés à la question, il est affirmé soit qu'il est difficile de concevoir des œuvres de l'esprit s'adressant à

(7) Ass. Plén. Cass. 7 mars 1986, affaire Pachot, D.S. 1986, p. 405.

(8) Nous serions même assez enclin à penser qu'il est possible de concilier la conception subjective et la conception objective et, partant, d'aboutir à une conception unitaire de l'originalité. Pour cela, il suffirait, selon nous, d'entendre l'expression "apport intellectuel" au sens de "apport issu de l'activité mentale". En effet, un apport issu de l'activité mentale de l'auteur peut aussi bien se rencontrer dans une œuvre à caractère esthétique, où cet apport est alors constitué par une nouveauté dans les éléments de l'œuvre qui s'adressent à la sensibilité, que dans une œuvre sans caractère esthétique, où cet apport est alors constitué par une nouveauté dans les éléments de l'œuvre qui s'adressent à l'intellect... C'est bien de nouveauté dans l'univers des formes qu'il s'agit, mais tantôt dans l'univers des formes qui s'adressent aux sens, tantôt dans l'univers des formes qui s'adressent à l'intellect...

l'odorat, au goût et au toucher, car 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'œuvres" (9), soit qu'à la différence des œuvres de l'esprit perceptibles par la vue et l'ouïe, qui transmettent "des informations ou des sensations", les œuvres perceptibles par l'odorat, le goût et le toucher tendent avant tout "à satisfaire les besoins d'un consommateur plus passif" (10) et qu'en voulant les protéger par le droit d'auteur, on créerait peut-être le risque que celui-ci n'en vienne à remplacer, en la matière, la législation sur les brevets (11). Mais ni l'une ni l'autre de ces affirmations n'emporte l'adhésion. Déclarer que pour tout ce qui touche à l'odorat, au goût et au toucher, l'on peut parler d'impressions, de sensations, mais non d'œuvres, c'est non seulement ignorer les mécanismes de la perception, car ce qui fait appel à la vue, ou à l'ouïe, commence aussi à provoquer des sensations visuelles ou auditives, mais c'est également méconnaître la notion d'œuvre de l'esprit au sens de la loi du 11 mars 1957 puisque dès l'article 2 de ce texte, il est indiqué que les dispositions de la loi s'applique à toutes les œuvres de l'esprit, et ce quel que soit le mode d'expression. Craindre, par ailleurs, que la protection par le droit d'auteur des œuvres perceptibles par l'odorat, le goût et le toucher ne permette l'appropriation d'un savoir-faire (12) est une crainte fondée sur une confusion entre le moyen et le but, car la question n'est pas de protéger, au moyen du droit d'auteur, une méthode, un savoir-faire, mais de protéger une réalisation de formes perceptibles par l'odorat, le goût ou le toucher. Pas plus qu'il n'y a d'ailleurs à se demander si l'œuvre est ou non le résultat d'un savoir-faire (13), puisque la question n'est pas là non plus, la question étant seulement de savoir si l'œuvre en cause est une réalisation de formes dotée d'une existence autonome et si cette œuvre présente les caractéristiques d'accessibilité, de descriptibilité et d'originalité. Pas plus non plus, sur la base de la croyance que "exprimer, c'est communiquer" (14) et qu'en conséquence l'œuvre de l'esprit au sens du droit d'auteur "implique normalement la possibilité de communication entre l'auteur et le public" (15), qu'il n'y a à faire état de ce que les œuvres perceptibles par l'odorat, le goût et le toucher seraient par nature moins aptes à la communication que les œuvres perceptibles par la vue et l'ouïe, car exprimer, ce n'est pas communiquer, c'est extérioriser, et que par ailleurs la peau, organe du toucher, est de tous nos organes sensoriels le plus apte à la communication (16) !

On peut se demander si ces défiances doctrinales à l'égard de la protection par le droit d'auteur des œuvres de l'esprit perceptibles par l'odorat, le goût et le toucher ne sont pas l'expression particulière d'une attitude beaucoup plus générale, typiquement occidentale. En effet, l'Occident, intellectuel, a

(9) J. Calvo et G. Morelle, note sous Paris, 3 juillet 1975, G.P. 1976.1.46., 1<sup>o</sup> colonne.

(10) A. Lucas, "Exercice des droits des auteurs. Œuvres protégées", Juris-classeur Civil/Annexes, Propriété littéraire et artistique, 1990, Fasc. 303, n<sup>o</sup> 9, p. 3.

(11) Ibid., n<sup>o</sup> 10, p. 3.

(12) Il faut aussi se garder des affirmations générales, car rien n'autorise à poser en postulat qu'une œuvre perceptible par l'odorat, le goût ou le toucher résulte exclusivement d'un savoir-faire.

(13) A. Lucas, op. cit., n<sup>o</sup> 10, p. 3.

(14) A. Lucas, n<sup>o</sup> 9, p. 3.

(15) Ibid.

(16) Contrairement à une opinion courante, la peau n'est pas un organe sensoriel grossier, le moins noble de tous. En effet, la peau est la plus étendue de nos surfaces sensorielles, la plus richement dotée aussi en récepteurs et enfin la plus fine : cf. à ce propos, infra, II, B.

toujours tenu en grand mépris, ou en grande suspicion, l'odorat, le goût et le toucher, sens par trop concrets, charnels, et il a exalté à l'inverse la vue et l'ouïe, sens plus abstraits et donc plus nobles (17). Ainsi Platon et Aristote ont-ils accusé l'odorat, le goût et le toucher de procurer des plaisirs moins purs que ceux de la vue et de l'ouïe. Dans l'Europe des Lumières, Kant les présenta comme des sens ingrats et Hegel comme des sens ne permettant ni la vraie connaissance du monde, ni la vraie connaissance de soi. Le coup de grâce semble pourtant avoir été porté par la psychanalyse... En établissant un lien entre l'affaiblissement de ces sens et le développement de la civilisation, Freud et Lacan les ont renvoyés sans rémission à leur animalité (18).

Mais il faut aussi constater que certains commencent à s'interroger, voire à s'élever, contre cet état de choses... Ainsi un penseur comme Michel Serres en vient-il à déclarer : "la connaissance vient du langage, certes ; et si la philosophie nous venait des sens ?" (19). Ainsi encore Edmond Roudnitska, connu aussi bien pour ses créations de grands parfums que pour ses importants travaux sur l'esthétique, s'est-il élevé contre les préjugés qui pèsent sur la création des parfums en démontrant qu'en matière de parfums comme ailleurs, créer "c'est d'abord penser forme" (20) et que la véritable création, en quelque domaine que ce soit, implique toujours "un énorme savoir expérimental autant qu'abstrait, une débauche d'imagination et un goût intransigeant" (21)... Ainsi un cuisinier célèbre, Jacques Maximin, exaspéré par les pillages, a-t-il vilipendé sur les ondes tous ceux qui plagient sans vergogne ses créations (22)...

Et il est clair que l'importance économique des œuvres perceptibles par l'odorat et le goût, notamment, n'est pas étrangère à ces interrogations et à ces protestations...

4. - D'où l'intérêt économique, mais aussi intellectuel, de la question de l'éventualité de la protection, par le droit d'auteur, des œuvres de l'esprit perceptibles par l'odorat, le goût et le toucher... Question qu'il convient d'envisager en opposant les œuvres perceptibles par l'odorat et les œuvres perceptibles par le goût et le toucher. À cela, il est deux raisons : la première, non juridique, est que l'odorat est un sens à la charnière des sens de la distance, la vue et l'ouïe, et des sens du contact, le goût et le toucher ; la seconde, plus juridique, est que pour les œuvres perceptibles par l'odorat, il existe au moins un procès intéressant alors que pour les œuvres perceptibles par le goût et le toucher, il existe rien de tel...

---

(17) Soulignons que le terme "sens" est utilisé, soit pour désigner l'organe des sens, soit pour désigner la faculté d'éprouver une sensation spécifique... Il est vrai que dans une certaine mesure le sens et l'organe ne font qu'un, la faculté de sentir n'étant que la forme interne et psychologique de l'organe...

(18) Pour cette question, ainsi que pour les références, v. l'étude d'Annick Le Guéret, "Les philosophes ont-ils un nez ?", Revue Autrement, "Odeurs, l'essence d'un sens", septembre 1987, p. 49 à 54.

(19) Michel Serres, "Les cinq sens", Grasset, 1985, p. 211.

(20) Edmond Roudnitska, "Le Parfum", P.U.F., 2<sup>e</sup> édition, 1987, p. 48.

(21) Edmond Roudnitska, "L'Esthétique en question", P.U.F., 1977, p. 166.

(22) V. notamment à ce propos l'article paru sous le titre "Aux voleurs", dans la revue "La Provence Gourmande", Juillet 1986.

## **I - LES ŒUVRES DE L'ESPRIT PERCEPTIBLES PAR L'ODORAT ET LE DROIT D'AUTEUR**

5. - L'odorat n'a jamais eu, dans nos sociétés, la préséance... Éphémères, les odeurs sont tout à fait submergées par les sons et les images. Impalpables, indicibles, elles semblent aussi défier la raison... Et lorsqu'elles sont attirantes, elles saisissent, ensèrent, sont instruments de chasse, de magie ou de séduction. La capture est en effet l'une des deux fonctions fondamentales de l'odeur (l'autre étant la discrimination) et ceci permet de comprendre que l'industrie des arômes soit en pleine extension. En effet, les créations aromatiques interviennent et interviendront de plus en plus dans les produits alimentaires, dans le parfumage promotionnel d'articles variés (aux États-Unis, plus de 80 % des fragrances créées de nos jours sont destinées, non pas aux parfums subtils, voire aux Eaux de Cologne ou de toilette, mais au parfumage promotionnel), dans les parfums d'ambiance, dans les compositions à finalité thérapeutique ou stimulante. Pour ne rien dire de l'intégration récente des odeurs dans certaines œuvres cinématographiques ou dans certaines œuvres de sculpture (23). À n'en pas douter, les œuvres de l'esprit perceptibles par l'odorat sont des plus nombreuses et des plus diverses. Pourtant le parfum a seul fait l'objet, à ce jour, d'un procès... D'où la nécessité, avant de s'interroger sur les conditions de mise en jeu de la protection du parfum par le droit d'auteur (B), de bien poser la question de la protection du parfum par le droit d'auteur (A).

### **A - LA QUESTION DE LA PROTECTION DU PARFUM PAR LE MOYEN DU DROIT D'AUTEUR**

6. - Avant toute chose, il convient de mettre en lumière la spécificité du parfum (a). Cela fait, il sera possible de déterminer les incidences de cette spécificité sur la protection offerte par le droit d'auteur (b).

#### **a) La spécificité du parfum**

7. - La spécificité du parfum résulte d'un ensemble de faits, de données (24) qui, qu'on le veuille ou non, s'impose au juriste, à l'interprète...

Tout d'abord, le parfum ne peut, en l'état actuel de la science, être défini par sa formule chimique car toutes les molécules entrant dans sa composition ne sont pas encore identifiées et ne peuvent en conséquence figurer dans une formule. En effet, il existe un nombre incalculable de substances chimiques possédant une odeur propre, mais seulement un peu plus de 400.000 sont connues à ce jour. Qui plus est, l'évolution des volatilités des matières premières entrant dans la composition d'un parfum n'est pas traduite par la formule. Ce qui explique que la formule d'un parfum comporte l'énonciation des matières premières et de leurs proportions respectives, mais ne comporte pas, et ne peut pas comporter, l'évolution desdites volatilités...

---

(23) Pour l'ensemble de la question, voir le numéro spécial de la Revue Autrement de septembre 1987 : "Odeurs, l'essence d'un sens", ainsi que notre étude "La problématique de la protection du parfum par le droit d'auteur", R.R.J., 19&9-3, p. 587 et s.

(24) Pour l'ensemble des informations qui suivent, voir J.-P. Pamoukdjian, "Le droit du Parfum", L.G.D.J., 1982, p. 197 à 201.

Autrement dit, alors que la partition donne une transcription quasi intégrale de l'œuvre musicale, la formule d'un parfum ne donne pas une transcription complète du parfum, et loin de là... En effet, ainsi que le souligne Edmond Roudnitska, un de nos plus grands créateurs de parfum, alors que le compositeur de musique dispose, pour exprimer la valeur des attributs des sons, c'est-à-dire hauteur, intensité, durée, d'un signe particulier pour chacun d'eux, qui lui permet de les indiquer avec précision, le compositeur de parfum doit avec un seul chiffre en face de chaque composant rendre compte de sa qualité, de son intensité, de sa durée, de ses affinités, pour ne rien dire de sa volatilité dont il doit aussi bien estimer l'influence qu'elle aura sur les autres volatilités que celle qu'elle-même subira de leur fait (25).

Ensuite la spécificité des odeurs ne peut pas être rattachée à des constitutions chimiques déterminées. Ce qui signifie que des constitutions chimiques analogues peuvent donner des odeurs différentes et, surtout, que des constitutions chimiques différentes peuvent à l'inverse donner des odeurs voisines. Qu'on puisse obtenir une similarité d'odeurs en utilisant, soit des ingrédients différents, soit des molécules différentes, soit même des proportions différentes, est bien évidemment une aubaine pour tout contrefacteur en puissance. En outre qu'en matière de composition de parfum une différence de détail soit souvent l'élément capital qui distingue très nettement un produit d'un autre n'est pas non plus un fait de nature à faciliter la preuve d'une création ainsi que la preuve de sa contrefaçon !

#### **b) Les incidences de la spécificité du parfum sur la protection offerte par le droit d'auteur**

8. - Ces incidences sont au nombre de deux : tout d'abord incidence sur la protection effectivement utilisable, ensuite incidence sur les prises de position de la doctrine et des tribunaux à l'égard de la protection offerte éventuellement par le droit d'auteur.

I. - Incidence de la spécificité du parfum sur la détermination de la protection effectivement utilisable. - Si le droit d'auteur était susceptible d'offrir une protection au parfum considéré en tant qu'ensemble de formes, ne devrait pas a priori entrer en ligne de compte la manière dont lesdites formes sont exprimées -des mots et des chiffres sur du papier, ou des odeurs dans l'air- puisque l'article 2 de la loi du 11 mars 1957 dispose que le droit d'auteur protège les œuvres de l'esprit quelle qu'en 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 du parfum, ensemble de mots et de chiffres pouvant s'analyser comme une "œuvre littéraire" (26) constituée par définition de formes visuelles et, d'autre part, le parfum considéré en tant que composition olfactive, ensemble d'odeurs pouvant s'analyser comme une "œuvre artistique" (27) constituée par définition de formes olfactives...

(25) Cf. à ce propos Ed. Roudnitska, "Le Parfum", op. cit., p. 94.

(26) Par œuvre "littéraire", en droit d'auteur, il faut selon nous entendre toute œuvre dont les éléments constitutifs sont des mots, des symboles ou tous autres indices verbaux ou numériques.

(27) Par œuvre "artistique" en droit d'auteur, il faut selon nous entendre toute œuvre dont les éléments constitutifs sont des lignes, des couleurs, des lumières, des volumes, des pas de danse, des odeurs, etc, étant souligné que toute œuvre qui n'est pas littéraire ou musicale (est

Pourtant, en pratique, il est nécessaire de faire cette distinction, car, nous venons de le voir, un parfum ne peut être défini par sa formule chimique, celle-ci ne permettant pas de se faire une idée du déroulement du parfum, c'est-à-dire du déroulement des formes olfactives que celui-ci prend successivement dans le temps. C'est dire que même dans l'hypothèse très douteuse où le texte de la formule serait considéré par les tribunaux comme une œuvre de l'esprit protégée par le droit d'auteur, c'est-à-dire serait considéré comme original, d'insurmontables difficultés de preuve ne manqueraient pas de surgir en cas de poursuite en contrefaçon, puisque la comparaison des deux formules serait insusceptible de faire apparaître la moindre imitation, une similarité d'odeurs pouvant en effet être obtenue avec des ingrédients différents ou avec des molécules différentes, impliquant bien évidemment une formule différente !

Des deux possibilités de protection offertes par le droit d'auteur, il en reste donc, en fait, qu'une seule, celle relative au parfum considéré comme une œuvre "artistique", et plus précisément comme un ensemble de formes olfactives. Mais en ce cas le fait qu'il s'agisse d'une œuvre perceptible par l'odorat et que dans cette œuvre entrent des produits réalisés de manière industrielle n'a pas été sans incidence sur les prises de position de la doctrine et des tribunaux à l'égard de la possibilité d'une protection par le droit d'auteur...

II. - Incidence de la spécificité du parfum sur les prises de position de la doctrine et des tribunaux à l'égard de sa protection par le droit d'auteur. - Lorsqu'on examine le droit positif, force est de reconnaître que la jurisprudence et la 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 susceptible à ce titre, d'être protégée par le droit d'auteur...

En jurisprudence, la question n'a donné lieu qu'à un seul litige : l'affaire Société de Laire c. Parfums Marcel Rochas, étant précisé que la société de Laire créait des parfums et vendait les matières premières nécessaires à leur fabrication, alors que la Maison de Parfums Marcel Rochas assurait la fabrication et la diffusion des formules de parfums acquises chez de Laire contre l'engagement pour elle de s'approvisionner exclusivement chez de Laire en matières premières nécessaires à la fabrication desdits parfums... Sept années de bonnes relations contractuelles firent qu'en 1960, la société de Laire, après un accord oral et un échange de lettres imprécises, commit l'imprudence de communiquer à la Maison Marcel Rochas la formule d'un nouveau parfum Aja 63, et ce en contrepartie de l'obligation pour les Parfums Marcel Rochas de s'approvisionner exclusivement chez elle... Mais au bout d'une année environ des divergences apparurent sur la portée du contrat, la Maison Rochas considérant qu'elle s'était cette fois seulement engagée à l'acquisition de 2000 Kg de produits, qu'elle avait exécuté cette obligation et qu'elle était donc libre désormais de reproduire sans contrepartie aucune l'Aja 63... À la suite de quoi la Société de Laire assigna la Maison Rochas devant le Tribunal de Commerce de Paris en soutenant notamment qu'une composition olfactive était une œuvre de l'esprit au sens de la loi du 11 mars 1957 et que la reproduire sans son consentement était donc une contrefaçon.

---

musicale l'œuvre constituée par des sons ou des phénomènes acoustiques) est, par définition, une œuvre artistique.

Malheureusement dans sa correspondance avec Rochas, la société de Laire avait elle-même qualifié sa création d'invention, invention insusceptible, toujours selon ses dires, s'être brevetée ! Et comble de maladresse, elle omit de désigner, dans ses conclusions, la personne physique qui avait créé l'Aja 63 ! Le Tribunal de Commerce de Paris, par un jugement du 7 janvier 1974, rejeta l'action de la société de Laire en se fondant sur le fait que la forme de la composition odoriférante n'était pas "susceptible, objectivement, d'être techniquement décrite" (28). La Cour de Paris, dans un arrêt du 3 juillet 1975, confirma le jugement, tout en se fondant à titre principal sur la nature de l'objet du contrat qui lui parut être la *cession d'un procédé*, procédé permettant, en mélangeant des éléments obtenus de façon industrielle, d'obtenir un produit également industriel (29).

En doctrine, les réactions ont été diverses... Quelques voix se sont bien élevées, certes, contre les solutions jurisprudentielles, dont celles de M. Roudnitska, créateur de parfum de grand renom (30) et celle de M. Pamoukdjian (31), spécialiste de droit commercial (32). Mais, il faut le reconnaître, les juristes de la Fédération eux-mêmes (33), auxquels se sont joints M.M. Calvo et Morelle (34), se sont prononcés contre l'idée que le parfum, en tant que composition odoriférante, puisse être considéré comme une œuvre 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 du droit de la propriété littéraire et artistique à s'être prononcés, ils ont réagi de façon analogue. M. Robert Plaisant s'est contenté de louer l'analyse de la Cour de Paris en déclarant brièvement que l'objet du litige portait effectivement sur "la formule d'un produit industriel" et qu'en conséquence la création en cause était "de nature technique industrielle et commerciale, non pas esthétique" (35). M. André Lucas, plus récemment, a fait observer de son côté que si l'on veut recourir au droit d'auteur, "encore faut-il que l'on soit en présence d'une véritable création intellectuelle" et que "tel n'est plus le cas, par définition, si l'œuvre est seulement le résultat d'un savoir-faire", car "il manque alors une dimension essentielle qui exclut la qualification d'œuvre de l'esprit". Or, ajoute-t-il, "il n'est pas discutable que le savoir-faire joue un rôle essentiel dans la mise au point d'un parfum" et c'est pourquoi l'arrêt de la Cour de Paris a vu "dans un parfum, un produit industriel, plutôt qu'une œuvre de l'esprit" (36). Certes, reconnaît-il, il n'y a, par rapport aux créations littéraires ou artistiques traditionnelles, qu'une différence de degré. Mais, poursuit-il, "elle doit d'autant moins être sous-estimée qu'on serait conduit,

(28) Trib. de Commerce de Paris, 7 janvier 1974, décision citée notamment par M. Pamoukdjian, *op. cit.* p. 210.

(29) Paris 3 juillet 1975, G.P. 1976.1.43.

(30) Ed. Roudnitska, "Le Parfum", *op. cit.*, p. 76 et s.

(31) J.-P. Pamoukdjian, *op. cit.*, p. 212 et s.

(32) V. également dans le même sens 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 et s. ; A. Bassard, "La composition d'une formule de parfum est-elle une œuvre 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.

(33) Aux dires de M. Roudnitska, *op. cit.*, p. 78.

(34) J. Calvo et G. Morelle, note sous Paris 3 juillet 1975, G.P. 1976.1.43.

(35) R. Plaisant, *Juris-classeur Civil/Annexes, Propriété littéraire et artistique*, Fasc. 302, p. 10, n° 18 in fine.

(36) A. Lucas, *Juris-classeur Civil/Annexes, Propriété littéraire et artistique*, Fasc. 303, p. 3, n° 10.

en allant jusqu'au bout de la logique, à des solutions contraires au bon sens". En effet, "pourquoi ne pas étendre aux eaux de toilette ou aux savons" ce qu'on accorderait aux parfums, à moins de "réserver le bénéfice du monopole aux créations de luxe", mais alors "en violation de l'article 2 de la loi de 1957" (37) ? Opinion que semblent partager les responsables de grandes Maisons de Parfumerie eux-mêmes puisque, récemment encore, M. Maurice Roger, P.D.G. des Parfums Dior, parlant du nouveau parfum "Fahrenheit" déclarait : "il n'existe pas, dans notre spécialité, de propriété artistique, ni industrielle" (38).

Est-ce à dire que la question soit définitivement close ? On ne peut, à notre avis, y répondre qu'après s'être demandé, en utilisant l'instrument d'analyse que nous avons présenté dans l'introduction, si les conditions de mise en jeu de la protection du parfum par le moyen du droit d'auteur peuvent ou non être satisfaites. D'autant que la méconnaissance, chez les juristes, de la nature véritable de la création en matière de parfums n'est pas sans obérer de façon sensible leurs analyses...

## B - LES CONDITIONS DE MISE EN JEU DE LA PROTECTION DU PARFUM PAR LE MOYEN DU DROIT D'AUTEUR

9. - Ces conditions, comme nous l'avons indiqué dans l'introduction, intéressent deux plans distincts, quoique complémentaires : celui de l'œuvre protégeable et celui de l'œuvre protégée. Aussi allons-nous successivement examiner le parfum en tant qu'œuvre protégeable au titre du droit d'auteur, puis en tant qu'œuvre protégée par le droit d'auteur.

### a) Le parfum, œuvre de l'esprit protégeable au titre du droit d'auteur

10. - Se demander si le parfum est une œuvre de l'esprit au titre du droit d'auteur, c'est se demander s'il peut s'analyser comme une réalisation de formes dotée d'une existence autonome, c'est-à-dire répondre aux trois exigences sous-tendues par cette définition.

I. Le parfum est-il une réalisation, autrement dit est-il le produit, au moins pour partie, d'une activité intellectuelle de l'homme ? À cette question, il est possible de répondre par l'affirmative (39). En effet, comme nous l'explique M. Roudnitska, créateur de parfum réputé, "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, nous n'aurons d'autre recours que notre imagination, s'appuyant sur nos expériences passées c'est-à-dire sur notre juste compréhension de nombreuses combinaisons olfactives déjà tentées et sur la mémoire fidèle de ces essais" (40).

(37) A. Lucas, *ibid.*, p. 3, n° 10.

(38) Interview publiée par la Revue Paris-Match, numéro du 16 septembre 1988.

(39) Pour une analyse plus détaillée, v. notre étude "Problématique de la protection du parfum par le droit d'auteur", R.R.J., 1989-3, p. 614 à 616.

(40) Ed. Roudnitska, *op. cit.*, p. 22-23.

Cette simple citation montre bien, à elle seule, que la création d'un parfum est fondée sur une multitude de souvenirs olfactifs, qu'elle se fait de tête avec uniquement du papier et un crayon, et enfin qu'elle demande une multitude de choix, puisque le compositeur de parfum doit embrasser dans la même vision, non seulement des qualités, mais encore des intensités et des durées correspondant à ces qualités. Ainsi est-il possible d'affirmer que le parfum répond parfaitement à l'exigence de réalisation, et même au-delà...

II. Le parfum est-il une réalisation de formes ? La forme, au sens du droit d'auteur, devant selon nous se définir (41) comme ce qui naît de la conjugaison de données physico-chimiques et de données mentales, répondre à cette question, c'est répondre à la question de savoir si le parfum résulte de la conjugaison de produits odorants et de souvenirs olfactifs propres au compositeur de parfum.

Ici encore, les travaux de M. Roudnitska nous permettent de répondre par l'affirmative (42). On y apprend en effet que dans la création d'un parfum, il s'agit moins de mélanger des produits odorants que de les conjuguer en s'appuyant sur l'ensemble des souvenirs olfactifs, de telle sorte que lesdits produits concourent à réaliser un phénomène global -le parfum- qui aura telles et telles caractéristiques (43). On y apprend encore que la conjugaison qui donne naissance au parfum ne peut être rattachée à une forme préexistante dans la nature, car, qu'il s'agisse d'une composition pseudo-figurative comme "Diorissimo" (évocation d'une botte de muguet sur fond de sous-bois) ou d'une composition purement abstraite comme "Femme" de Rochas, le parfum est toujours une construction qu'il a fallu inventer du tout au tout (44). On y apprend enfin que dans cette conjugaison interviennent également les volatilités respectives des composants, dont il faut tenir compte puisque le parfum est une combinaison d'accords simultanés, laquelle se déroule qui plus est dans le temps (45). Ainsi le parfum est-il bien plus que la simple addition de ses éléments puisque "chaque composant n'est pas signifiant par lui-même", mais le devient "par ses rapports avec les autres et, surtout, avec l'ensemble" (46). Ainsi n'est-il pas douteux que composer, en matière de parfum, c'est combiner des qualités en vue de réaliser une certaine forme. Et se trouve ainsi largement établi que le parfum, composition de produits odorants, est une réalisation de formes, de formes olfactives ! On peut donc déplorer, au passage, l'analyse erronée des magistrats de la Cour de Paris lorsque ceux-ci dans l'arrêt qu'ils rendirent le 3 juillet 1975 dans le litige de Laire c. Parfums Marcel Rochas, affirmèrent que l'objet de ce litige n'était pas la reproduction illicite d'une œuvre de l'esprit protégeable au titre du droit d'auteur, 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

---

(41) Cf. introduction.

(42) Pour une analyse plus détaillée, voir notre étude "Problématique de la protection du parfum par le droit d'auteur", R.R.J., 1989-3, p. 616 à 624.

(43) Cf. Ed. Roudnitska, op. cit., p. 46-47.

(44) Ibid., p. 62 à 65, p. 70 à 76, notamment.

(45) Ibid., op. cit., p. 37-38, et p. 92-93.

(46) Ibid., p. 92-93.

divers procédés industriels, d'obtenir un produit également industriel" (47), analyse, on l'a vu, partagée par nombre de représentants de la doctrine !

III. - Le parfum est-il une réalisation de formes dotée d'une existence autonome ? Les seules réalisations de formes à être privées d'une existence propre, autonome, indépendante, sont les interprétations d'œuvres artistiques, littéraires et musicales, au sens de la loi du 3 juillet 1985. Or comme le parfum ne peut, à l'évidence, s'analyser de la sorte, la réponse affirmative s'impose.

#### b) Le parfum, œuvre de l'esprit protégée par le droit d'auteur

11. - Que le parfum soit protégeable au titre du droit d'auteur ne signifie nullement que celui-ci soit ipso facto protégé. En effet, pour bénéficier de la protection offerte par le droit d'auteur, le parfum doit encore 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 fort limité...

Certes, il résulte bien de son article 2 que certaines caractéristiques de l'œuvre 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 (48), du mérite et de la destination. Il en va de même, mais à ce propos la loi est muette, du caractère esthétique de l'œuvre, encore que l'opinion contraire ait eu d'illustres partisans et soit encore parfois soutenue en doctrine comme en jurisprudence (49). D'où pour ce qui est du parfum, l'absence totale d'intérêt de tout développement tendant à démontrer que celui-ci présente un caractère esthétique (50).

Cela dit, lorsqu'on se remémore les conditions de mise en jeu de la protection offerte par le droit d'auteur -des conditions positives, une condition négative- il apparaît tout de suite qu'ont seules à être ici prises en considéra-

(47) Paris 3 juillet 1975, G.P. 1976.1.44., 2<sup>e</sup> colonne.

(48) L'expression utilisée par le législateur est en réalité "forme d'expression", mais il veut dire "moyen d'expression" ou "modalité d'expression" car ce que le législateur a voulu signifier, c'est qu'il importait peu, au plan de la protection, que l'œuvre ait été exprimée, par exemple, de manière verbale ou de manière écrite...

(49) 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 œuvres à caractère esthétique, v. notre étude "La Révolution française et le Droit d'Auteur", R.R.J. 1989-2, p. 343 et s.

(50) Pour remarquables que soient les développements de M. Roudnitska où il démontre que le parfum est une création artistique à part entière (v. not. dans son ouvrage "Le Parfum", p. 90 et s., le chapitre consacré aux "caractères esthétiques du parfum" dans lequel la thèse d'Etienne Souriau qui fut l'un des premiers, sinon le premier, à affirmer que l'odorat est un sens esthétique au plus haut degré, se trouve reprise et développée), ceux-ci n'offrent, au point de vue qui nous intéresse ici, aucun intérêt d'application.

Pareillement, il n'est d'aucune utilité juridique d'essayer de démontrer, comme l'ont fait M.M. Calvo et Morelle, que "le parfum ne pouvait être considéré (...) comme une œuvre d'art" et même que "la nature intrinsèque de l'art s'oppose à ce que cette qualification soit donnée à un parfum" (note précitée, G.P. 1976, 1, 46, 1<sup>e</sup> colonne in fine). En outre la loi du 11 mars 1957 n'a jamais eu, comme semblent le croire M.M. Calvo et Morelle, vocation à protéger "les valeurs d'une civilisation", ces auteurs estimant en effet, curieusement, que par principe une œuvre 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" (ibid., 1976.1.46, 1<sup>e</sup> colonne).

tion les conditions positives puisque le parfum n'étant pas une création susceptible de s'analyser à la fois comme un modèle (ou un dessin) et une invention, n'a pas à être envisagée la condition négative. Restent donc à voir les conditions positives qui sont, on s'en souvient, l'accessibilité, la descriptibilité et l'originalité...

I. - Parfum et accessibilité. - Pour être protégée, l'œuvre doit être accessible aux sens et à l'esprit humain, peu important en fait qu'elle ne soit accessible qu'à quelques personnes. Cette exigence ne soulève, pour ce qui est du parfum, aucune espèce de difficulté, puisque le parfum est, sans discussion possible, susceptible d'être perçu par les sens.

Et rien ne sert de soutenir comme le font M.M. 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" (51). En effet, à peine exécutés les sons qui constituent l'œuvre 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" (52) peut également faire revivre la composition olfactive. À aucun point de vue, il ne serait donc sérieux de soutenir que le parfum ne satisfait qu'imparfaitement à l'exigence d'accessibilité parce qu'il s'évapore et qu'il n'en reste rien après (53).

II. - Parfum et descriptibilité. - Pour être protégée, l'œuvre, pour des raisons évidentes d'identification, doit encore pouvoir être décrite de manière objective. Pour bénéficier de la protection offerte par un droit, il est en effet indispensable de pouvoir à tout le moins prouver l'existence des éléments essentiels de l'objet de ce droit... Or, en matière de parfum, il y a là une exigence particulièrement difficile à satisfaire, car comment arriver à représenter objectivement, d'une manière ou d'une autre, la forme olfactive issue de la combinaison retenue par le compositeur de parfum ? D'autant que toutes les molécules entrant dans sa composition ne sont pas encore de nos jours identifiées et qu'en matière de parfumerie les composants les plus infimes ne sont pas les moins importants (54). Et telle est d'ailleurs la raison pour laquelle, 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 odoriférants ne constitue pas une forme "susceptible, objectivement, d'être techniquement décrite" (55).

M. Roudnitska, qui connaît bien le monde de la création des parfums, estime 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 plagiaires,

(51) M.M. Calvo et Morelle, note précitée sous Paris, 3 juillet 1975, G.P. 1976.1.46., 1<sup>o</sup> colonne.

(52) Ed. Roudnitska, op. cit., p. 92.

(53) V. dans le même sens A. Bassard, art. préc., R.I.P.I.A. n° 118, décembre 1979, p. 463, ainsi que J.-L. Crochet, art. préc. R.I.P.I.A., n° 118, décembre 1979, p. 459.

(54) Cf. supra, I, A, a.

(55) Trib. de Commerce de Paris 7 janvier 1974, décision citée par J.-P. Pamoukdjian, op. cit., p. 210.

elle devrait l'être aussi pour contribuer à les leur interdire" (56). 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 (57), ne permettent qu'une détermination 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, on l'a dit, ne sont pas les moins importants... Quant à l'expertise par un homme de l'art -dans l'hypothèse où elle serait admise par les tribunaux dans une matière aussi délicate qu'une comparaison de formes- elle achopperait sur le même point. Certes, un expert pourrait bien décrire les éléments qui constituent le thème principal de la composition olfactive, dits notes de cœur (58). Mais il ne pourrait pas décrire le reste de la composition olfactive. En effet, il ne pourrait pas déterminer tous les produits entrant dans la composition, et il est bien connu qu'en matière de parfum chaque élément, fût-il minime, participe pleinement à la réalisation du thème olfactif. Il ne pourrait pas non plus déterminer les proportions des divers composants, qui pourtant jouent un rôle important. Il ne pourrait pas non plus estimer quelles sont les incidences des volatilités respectives desdits composants, qu'il s'agisse de l'influence qu'une volatilité a sur les autres ou de celle qu'elle subit de leur part... Comment d'ailleurs décrire avec des mots le déroulement complet d'un parfum dans le temps, c'est-à-dire la succession d'accords simultanés que constitue la forme olfactive qu'il représente ?

Dans un avenir plus ou moins proche, la science permettra sans doute d'obtenir la description nécessaire. Mais à l'heure actuelle, l'exigence de descriptibilité reste une exigence qu'il n'est pas possible de satisfaire...

III. - Parfum et originalité. - Pour être protégée l'œuvre doit enfin être originale. Ainsi pour pouvoir être protégé le parfum doit présenter, soit la marque de la personnalité de son auteur, soit la marque d'un apport intellectuel de celui-ci, selon la conception que l'on a de l'originalité (59).

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 M. Crochet admet bien que nombre d'œuvres artistiques sont empreintes de la personnalité de leur auteur et qu'elles peuvent donc être considérées comme originales lorsqu'elles présen-

(56) Ed. Roudnitska, op. cit., p. 81.

(57) 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.

(58) 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 cœur" ou "notes dominantes", qui sont constituées par des odeurs corsées, qui constituent 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...

(59) Cf. introduction.

tent une "nouveau subjective", il estime en revanche "qu'un nombre incalculable d'œuvres artistiques sont dépourvues de pareille empreinte" et il donne comme exemple certaines réalisations artistiques contemporaines, les compositions de parfumerie et, d'une manière plus générale, toutes les œuvres que l'on peut qualifier d'abstraites (60).

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 est tout 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 "quoiqu'il fasse, il lui est difficile de ne pas mettre une touche de l'un de ses produits favoris" (61). En second lieu, il est bien connu, grâce aux travaux de M. Roudnitska notamment que le compositeur de parfum, lorsqu'il crée, doit organiser les successions et interactions des odeurs dans le but de réaliser une conjugaison entre les éléments les plus volatiles et les plus persistants d'une manière telle que la forme olfactive imaginée puisse se dégager, se soutenir et évoluer dans le temps sans défaillance. Or tout ceci demande de multiples combinaisons, de multiples conjugaisons, qui sont nécessairement empreintes de la personnalité du compositeur de parfum -dès lors du moins que ce parfum est un parfum vraiment original, c'est-à-dire une combinaison *nouvelle* de moyens en vue d'une certaine fin (62)- puisqu'ainsi que l'a bien montré M. Roudnitska, leur réalisation a demandé du goût (63), de l'imagination (64), de l'intelligence (65), de l'intuition (66) et de l'invention (67), pour ne rien dire des combinaisons que demandent "les 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" (68). 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 (69), car il y faut malgré tout une réelle personnalité artistique. En effet, tout compositeur de parfum un peu averti "sait combien il est difficile

---

(60) J.-L. Crochet, art. préc., R.I.P.I.A., n° 118, décembre 1979, p. 460.

(61) M.-G. Brats, in "La Parfumerie moderne", Fasc. n° 3, avril 1947, p. 57, cité par M. J.-P. Pamoukdjian, op. cit., p. 218.

(62) E. Roudnitska, op. cit., p. 62.

(63) Ed. Roudnitska, op. cit., p. 50-51.

(64) Ibid., p. 51 à 53.

(65) Ibid., p. 53.

(66) Ibid., p. 53 à 62.

(67) Ibid., p. 62 à 65.

(68) Ibid., p. 92.

(69) Peu importe juridiquement qu'un parfum soit relativement original, le degré de l'originalité étant indifférent au plan de l'octroi de la protection.

de créer des notes odorantes de conception nouvelle à l'aide de matières premières déjà connues" (70).

Après avoir montré qu'un parfum original n'est pas, par principe, le résultat d'une simple activité de l'entendement et de la raison, 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" (71), 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, les incertitudes qui affectent encore la notion d'originalité commandant 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 œuvres 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" (72), c'est-à-dire 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 vrai qu'il doit être relativement aisé de prouver qu'il présente, soit un reflet de la personnalité de son auteur, soit la marque d'un apport intellectuel de son auteur, tant, dans l'un et l'autre cas, se trouve placée à un bas niveau, ainsi que le révèle l'examen du droit positif, la condition dite maîtresse de l'accès à la protection offerte par le droit d'auteur...

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'a. 10 de la loi du 10 juillet 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 avait conduit M. 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", telles les eaux de toilette, "absolument évidents pour un homme du métier". Et il en est de même pour "la plupart des eaux de Cologne, ainsi que, sauf rares exceptions, pour "toutes les eaux de lavande composées". En revanche, en ce qui concerne les vrais parfums, c'est-à-dire les parfums ayant fait l'objet d'une recherche approfondie, jamais "ils ne découlent d'une manière évidente de la technique pour un homme du métier" (73). Et c'est tellement vrai, ajoute-t-il, que "même les copieurs n'arrivent jamais à reproduire trait pour trait (...) les caractéristiques olfactives de ces produits, leur mœlleux, fondu, arrondi, volume, clarté : il ne s'agit toujours

(70) Citation tirée de Dragoco Report, 1/1972, p. 25, citée par M. J.-L. Pamoukdjian, *op. cit.*, p. 221.

(71) Ed. Roudnitska, *op. cit.*, p. 78.

(72) 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.

(73) M. J.-P. Pamoukdjian, *op. cit.*, p. 194.

que de copies approximatives, vulgaires" (74). La différence entre droit d'auteur et droit des inventions brevetable est donc ici d'importance puisqu'en droit d'auteur ce qui est exigé c'est la preuve de l'existence d'une marque de la personnalité de l'auteur, voire d'un apport intellectuel de celui-ci, 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, en matière de parfum, d'une recherche approfondie !

Ajoutons, pour conclure, que la méthode que nous venons de suivre pour le parfum est applicable à toutes les œuvres de l'esprit perceptibles par l'odorat, réserve faite, bien évidemment, de la prise en compte de leurs spécificités respectives...

## II. - LES ŒUVRES DE L'ESPRIT PERCEPTIBLES PAR LE GOÛT ET LE TOUCHER ET LE DROIT D'AUTEUR

12. - Le goût et le toucher ont en commun d'être des sens de la proximité, du contact. Mais entre eux existe une différence d'importance : alors que l'organe du goût, la langue, est propre au seul sens du goût, la peau, organe du toucher, est commune aux cinq sens... Différence de fait, certes, mais qui est peut-être l'annonce d'une différence juridique ? Différence toutefois qui, bien que n'étant pas juridique, nous paraît, dans une perspective de droit prospectif, suffisante à justifier un examen séparé... Aussi examinerons-nous successivement les œuvres de l'esprit perceptibles par le goût (A) et les œuvres de l'esprit perceptibles par le toucher (B).

### A - Les œuvres de l'esprit perceptibles par le goût

13. - S'interroger sur les créations intéressant à titre principal le sens du goût conduit à s'interroger sur les créations alimentaires et sur les boissons composées : vins et alcools, ainsi que breuvages industriels... Aux différences physiques -les premières relèvent du solide alors que les secondes relèvent du liquide- s'ajoutent des différences symboliques : la nourriture se partage, et elle relève ainsi de ce qui est séparé ou plus largement de l'espace ; la boisson se verse, et elle relève ainsi de ce qui est confondu ou plus largement du temps (75). Ces différences nous paraissent suffisantes à justifier une analyse distincte, d'autant que des différences de nature ne sont pas sans se traduire par des différences au niveau des situations juridiques respectives.

#### *a) Les créations culinaires*

14. - Des plaisirs de la vie, les plaisirs de la table sont les plus accessibles, et les plus fidèles aussi, car liés à des besoins permanents... Il n'est donc pas étonnant que depuis l'aube de l'histoire humaine, les créations culinaires occupent les esprits... Pourtant, peu de procès, même en cherchant bien : deux ou trois, pas plus ! Encore qu'en 1986, l'un des cuisiniers les plus doués de sa génération, Jacques Maximin, chef alors du Negresco, soutenu par Michel Guérard, le chantre d'Eugénie-Les-Bains, se soit violemment

(74) Ibid.

(75) Sur cette symbolique, v. Michel Serres, *op. cit.*, p. 192 et s.

emporté contre les pilliers de recettes. L'affaire a défrayé la chronique dans les radios, les journaux, les télévisions ; elle a aussi agité et divisé la profession... On a beaucoup disputé de la question de savoir si un cuisinier pouvait protéger ses créations culinaires par le droit d'auteur, souvent à tort et à travers... Juridiquement, il n'est qu'une approche possible, toujours la même : d'abord préciser les termes du problème, ensuite se demander si les conditions de mise en jeu du droit d'auteur sont susceptibles d'être satisfaites...

I. - Les termes du problème. - La question de la protection d'une création culinaire par le droit d'auteur se pose de manière traditionnelle en ce sens que la création culinaire peut être exprimée de deux façons : par des aliments cuits, et il s'agit alors en termes juridiques d'une œuvre "artistique" (76), par des mots inscrits sur du papier, et il s'agit alors en termes juridiques d'une œuvre "littéraire" (77). Chacune de ces modalités appelle quelques observations.

La création culinaire, combinaison d'aliments cuits, n'a qu'une existence très brève (78) : le temps d'un repas... Au-delà viennent successivement la dénaturation et la décomposition... Or sans œuvre, il n'est pas de droit d'auteur ! C'est dire qu'à l'exception du cas des plats surgelés et préparations à longue conservation, il n'y a rien à attendre du droit d'auteur pour la création culinaire considérée comme combinaison d'aliments cuits.

La création culinaire exprimée par des mots dans une recette, à l'inverse, possède une existence plus longue. Mais elle se heurte à une autre difficulté, qui n'est pas moindre... En effet, le droit d'auteur protège les formes elles-mêmes, et non les méthodes qui permettent de les réaliser, car ces méthodes sont des idées qui ne peuvent en conséquence donner lieu à une protection au titre du droit d'auteur. Et c'est bien ce qu'ont affirmé les tribunaux, dans les rares affaires qu'ils ont eu à connaître (79), en rappelant que les recettes de cuisine demeurent, en tant que procédé, hors du champ d'application du droit d'auteur (80). En d'autres termes, la création culinaire dont la réalisation est expliquée dans une recette de cuisine est seulement susceptible, au point de vue du droit d'auteur, d'être analysée comme une œuvre "littéraire", certes à ce titre a priori protégeable par le droit d'auteur, mais seulement protégée si elle est une œuvre littéraire originale... Ce qui ne peut intéresser que fort médiocrement les créateurs de préparations culinaires !

---

(76) Pour la définition de l'expression "œuvre artistique", au sens du droit d'auteur, cf. supra, note 27.

(77) Pour la définition de l'expression "œuvre littéraire", au sens du droit d'auteur, cf. supra, note 26.

(78) Peu importe, au point de vue du droit d'auteur, que l'œuvre soit consommable, car nulle disposition de la loi du 11 mars 1957 n'exige la non-consomptibilité (v. à ce propos A. Lucas, art. préc., Fasc. 303, n° 6, p. 2). Nous avouons être incapable de discerner ce qu'il y a derrière cette remarque, car une méthode reste une méthode quelle que soit l'objet de son application. Par ailleurs, quel critère permettrait de distinguer ce qui relève de la pure spéculation et ce qui n'en relève pas, autrement dit de distinguer les idées qui touchent aussi directement les sens et les idées qui ne touchent pas aussi directement les sens.

(79) Cf. par exemple Cass. crim. 15 octobre 1969, D. 1970, 15.

(80) La solution des tribunaux laisse "perplexe" le professeur André Lucas, car, selon lui, "une idée qui touche aussi directement les sens ne relève pas de la pure spéculation" (A. Lucas, art. préc., Fasc. 303, n° 6, p. 2). Nous avouons être incapable de discerner ce qu'il y a derrière cette remarque, car une méthode reste une méthode quelle que soit l'objet de son application. Par ailleurs, quel critère permettrait de distinguer ce qui relève de la pure spéculation et ce qui n'en relève pas, autrement dit de distinguer les idées qui touchent aussi directement les sens et les idées qui ne touchent pas aussi directement les sens.

De ces quelques observations, il résulte que la création culinaire, considérée comme un ensemble de formes perceptibles par le goût, n'est en fait à envisager que lorsque la congélation, ou autre préparation, lui a donné une existence supérieure à quelques heures ! Une telle œuvre est-elle susceptible de satisfaire aux conditions d'application du droit d'auteur ? C'est ce qu'il nous reste à voir...

II. - Les conditions d'application du droit d'auteur. - Conformément à la méthode qui est la notre, deux questions sont à envisager : celle de savoir si les créations culinaires, créations perceptibles par le goût, sont des œuvres protégeables au titre du droit d'auteur et celle de savoir si, étant protégeables, celles-ci peuvent être effectivement protégées par le droit d'auteur.

1. - Les créations culinaires, créations perceptibles par le goût, sont-elles protégeables au titre du droit d'auteur ? - Répondre à cette question, c'est répondre à la question de savoir si des œuvres peuvent s'analyser comme une réalisation de formes dotée d'une existence autonome...

La création culinaire, ensemble d'aliments cuits, est-elle une réalisation, c'est-à-dire est-elle le produit d'une activité intellectuelle de l'homme ? À cette question, il faut sans hésiter répondre par l'affirmative. En effet, la création culinaire est tout d'abord fondée sur des choix faits au sein des souvenirs gustatifs. Elle se fait essentiellement de tête (81), la réalisation n'ayant qu'un rôle de vérification. Elle résulte enfin de nombreux choix puisque le cuisinier doit embrasser, pour aboutir à la forme qu'il projette, le mariage des saveurs (82), l'usage des sucs et jus de poissons, viandes et légumes, la détermination des temps de cuisson respectifs, etc...

La création culinaire, ensemble d'aliments cuits, est-elle une réalisation de formes, c'est-à-dire est-elle la résultante d'une combinaison de souvenirs gustatifs et de produits alimentaires ? Ici encore, à la suite de quelques observations simples, il est possible de répondre affirmativement... Tout d'abord, on ne saurait le nier, les cuisines sont des lieux de transformation, dehors le cru, dedans le cuit... Ensuite, grâce à la cuisson se conjuguent divers éléments et facteurs qui tous convergent pour aboutir à la forme gustative projetée : le feu, ainsi que le souligne excellemment Michel Serres dans son bel ouvrage, "Les Cinq Sens", non seulement densifie, concentre, réduit, mais également cimente les mélanges, transforme la confusion en ordonnancement, allie ce qui répugnait à froid, favorise les connivences, enrichit les alliages, découvre de nouvelles alliances (83). À n'en pas douter, le cuisinier, par les flammes, crée un nouvel ordre, une autre échelle de sapidité (84). Et à ce propos, on a pu dire fort justement que le cuisinier est maître dans la topologie des mixtes et qu'il raffine sur le voisinage des pièces entre elles, puisqu'il doit savoir dissoudre des liquides dans des fluides, ainsi que des solides dans des sauces courtes ou longues, pour obtenir des liaisons insen-

(81) Citons la célèbre réplique de Bocuse à quelqu'un qui lui reprochait de ne pas tourner les sauces et embrocher les volailles : "chez Ferrari, ce n'était pas Enzo qui vissait les boulons".

(82) Cannellonis de queues d'écrevisse au foin de poireau, création de F. Girardet, par exemple... Ou encore, du même, homard dans sa feuille de choux, trouvaille que tout le monde s'est empressé de copier...

(83) Michel Serres, op. cit., p. 180.

(84) Michel Serres, op. cit., p. 180.

sibles (85). Effectivement, "où s'achève la viande et où commence le ragoût, même le goût, parfois, le repère mal" (86).

La création culinaire, ensemble d'aliments cuits, est-elle une réalisation de formes dotée d'une existence autonome ? Cela va sans dire, et point n'est besoin de s'y arrêter...

2. - Les créations culinaires, créations perceptibles par le goût, peuvent-elles être protégées par le droit d'auteur ? - Comme nous l'avons précisé pour le parfum (87) ont seulement à être prises en compte ici certaines caractéristiques positives qui sont, on s'en souvient, l'accessibilité, la descriptibilité et l'originalité.

Pour être protégée, l'œuvre doit être accessible aux sens et à l'esprit humain. Cette exigence ne soulève aucune espèce de difficultés, les créations culinaires étant à n'en pas douter de toutes les créations humaines les plus accessibles...

Pour être protégée, l'œuvre doit pouvoir être décrite de manière objective. Par là, il est donc exigé que les éléments essentiels de la forme gustative que constitue la création culinaire puissent être objectivement décrits de manière suffisante pour qu'une identification puisse être possible. Comme pour le parfum, il s'agit de l'exigence la plus difficile à satisfaire. En effet, une analyse chimique peut renseigner sur les composants, ainsi que sur leurs proportions. Mais elle n'est pas susceptible de permettre une description des relations qui existent entre ces composants, c'est-à-dire une description de la forme gustative elle-même, puisque la forme est en droit d'auteur la somme d'une combinaison. Reste toutefois l'expertise, qui est plus envisageable que pour le parfum car dans une création culinaire interviennent beaucoup moins de facteurs et que tous sont connus. Mais rien ne dit que les tribunaux admettraient un tel mode de preuve dans une matière aussi délicate qu'une comparaison de formes. Au demeurant, des mots peuvent-ils décrire une forme artistique, en l'espèce une forme gustative ? Nous ne le pensons pas... À défaut des mots peuvent-ils traduire une forme gustative, plus largement une forme autre que verbale ? Très difficilement, selon nous... Certes l'expertise est bien un moyen dont le seul but est d'aider le juge à tirer des conclusions à partir des éléments recueillis. Mais encore faut-il, précisément, qu'elle apporte des indices suffisants pour emporter l'intime conviction du juge...

Pour être protégée, l'œuvre doit enfin être originale. Ainsi la création culinaire, pour bénéficier de la protection offerte par le droit d'auteur, doit présenter un reflet de la personnalité de son auteur ou un apport intellectuel de celui-ci, selon la conception que l'on a de l'originalité requise en droit d'auteur. À écouter certains grands cuisiniers, cette exigence n'irait pas sans soulever de sérieuses difficultés. Ainsi pour Roger Vergé, du Moulin de Mougins "l'invention, ça n'existe pas. Parfois une idée vient et on espère être le premier à l'avoir eue. Mais il suffit de se plonger dans les vieux bouquins pour s'apercevoir qu'elle existait déjà et qu'elle a déjà été employée" (88). Tel n'est pourtant pas l'avis de tous, de grands maîtres comme Guérard,

(85) Michel Serres, op. cit., p. 247.

(86) Ibid.

(87) Cf. supra, I, B, b.

(88) Propos de Roger Vergé, cités dans un article intitulé "Aux voleurs", dans la Revue "La Provence Gourmande", juillet 1986.

Senderens, Robuchon, Girardet, Bocuse, Maximin, etc., considèrent à l'inverse qu'ils réalisent des créations culinaires originales. En tous cas, une chose est certaine, contrairement à ce que croient d'aucuns, l'originalité absolue n'est pas exigée en droit d'auteur. Ce qui est exigé, c'est seulement que la création culinaire présente soit un reflet de la personnalité de son auteur, soit un apport intellectuel de celui-ci. C'est dire que cette exigence, ne devrait pas, théoriquement du moins, être très difficile à satisfaire. Mais elle devrait permettre d'écartier toutes les créations culinaires qui ne sont, en réalité, que des reprises de recettes oubliées. À cela il faut néanmoins ajouter qu'en pratique la preuve de l'originalité ne sera pas toujours si facile à rapporter, et ce en raison des conditions mêmes dans lesquelles s'élaborent les préparations culinaires.

L'intérêt de ces observations reste toutefois restreint aux seules créations culinaires surgelées et préparations à longue conservation, les autres étant en effet écartées de par la brièveté même de leur existence !

*b) Les boissons composées : vins et breuvages*

15. - Est-il besoin, en France, de souligner l'importance du vin, ? Est-il besoin, en cette époque obsédée de consommation, de souligner l'importance des breuvages industriels ? Pourtant, au point de vue du droit d'auteur, aucun procès, aucune affaire, bien que vins, alcools et breuvages industriels aient ceci de commun d'être des boissons d'une composition spéciale... Cette absence de matière juridique de base rend encore plus nécessaire une approche méthodique et impose donc plus fortement encore de n'examiner les conditions d'application du droit d'auteur qu'après avoir bien posé les termes du problème...

I. - Les termes du problème. - La question de la protection par le droit d'auteur d'un vin (sous cette expression, nous entendons par commodité tout mélange de liquides alcoolisés réalisé de manière non industrielle) ou d'un breuvage (par là, nous entendons tout mélange de liquides, alcoolisé ou non, réalisé industriellement) ne se pose pas, en fait, dans les mêmes termes... En effet, le mélange dont un vin est issu ne peut, en raison de sa complexité, s'exprimer dans une formule, alors que le mélange dont un breuvage est issu, en raison de sa relative simplicité ainsi que de ses modes de réalisation, peut être exprimé dans une formule... Autrement dit, alors que le vin ne peut juridiquement s'analyser que comme une œuvre "artistique" (89), le breuvage peut juridiquement s'analyser, lui, comme une œuvre "artistique" ou comme une œuvre "littéraire" (90) selon la manière dont on le considère !

Pour ce qui est du breuvage exprimé au moyen de lettres et de chiffres dans une formule, sa protection par le droit d'auteur n'a même pas à être envisagée, car le droit d'auteur ne protégeant pas les méthodes, la seule protection théoriquement possible est celle de l'œuvre "littéraire" que constitue le texte de la formule, mais il n'y a rien à en attendre, une telle œuvre ne pouvant par essence satisfaire à l'exigence d'originalité.

---

(89) Pour la définition de l'expression "œuvre artistique", au sens du droit d'auteur, cf. supra, note 27.

(90) Pour la définition de l'expression "œuvre littéraire", au sens du droit d'auteur, cf. supra, note 26.

Pour ce qui est du vin, ou du breuvage, considéré en tant que mélange d'éléments liquides, la question de sa protection par le droit d'auteur doit en revanche être envisagée, car il s'agit là de l'œuvre elle-même et non de la méthode permettant de la réaliser. Ce qui invite à se demander si le vin et le breuvage, créations perceptibles par le goût, peuvent satisfaire aux conditions d'application du droit d'auteur.

II. - Les conditions d'application du droit d'auteur. - Conformément à la méthode qui est la notre, nous allons envisager deux questions : celle de savoir si les vins et breuvages, créations perceptibles par le goût, sont des œuvres protégeables au titre du droit d'auteur ; puis, dans l'affirmative, celle de savoir si, étant protégeables, ceux-ci peuvent être effectivement protégés par le droit d'auteur...

1. - Les vins et breuvages, créations perceptibles par le goût, sont-ils protégeables au titre du droit d'auteur ? - Se poser cette question, c'est se demander si un vin, ou un breuvage, peut s'analyser comme une réalisation de formes dotée d'une existence autonome, c'est-à-dire se demander s'il répond aux trois exigences sous-tendues par cette définition...

Les vins et breuvages sont-ils une réalisation au sens du droit d'auteur, c'est-à-dire sont-ils le produit d'une activité intellectuelle de l'homme ? Assurément, car un vin, un breuvage, n'existent pas dans la nature... Un vin résulte d'une série de choix, c'est-à-dire d'une série d'opérations mentales : choix des cépages, qu'il s'agisse de leur âge ou de leur nature... choix des modes de culture de la vigne, qu'il s'agisse des engrais, des plants, des désherbants, des modes de taille... choix du moment où la vendange doit être faite... choix multiples auxquels doit faire face le caviste, qui doit décider du matériel, des modes de fermentation, des méthodes de vinification, pour ne rien dire de l'élevage du vin et, notamment, de la surveillance de son vieillissement... Pareillement, mais à bien moindre échelle, un breuvage demande une série de décisions, ne serait-ce que pour la détermination des composants à y faire entrer...

Les vins et breuvages sont-ils une réalisation de formes, c'est-à-dire sont-ils la résultante d'une combinaison de données mentales (souvenirs gustatifs) et de données physico-chimiques (produits issus de la fermentation du raisin, adjuvants alcooliques ou autres, etc...) ? Pour y répondre, limitons-nous à un seul exemple, prenons un vin de Basse-Garonne et demandons-nous de quels mélanges il est issu... Ne disons rien du mélange des sols où, pourtant, le silice apporte la finesse, le calcaire, la puissance, l'argile, l'onctuosité, les sables, l'infime et l'essentiel (91)... Ne disons rien non plus de l'incidence du climat, le millésime exprimant en effet ce mélange de chaud et de froid, d'humide et de sec, de serein et de trouble qu'on appelle intempéries (92)... Mais disons en revanche le mélange des cépages : "du sémillon vient la suavité, du sauvignon coulent les aromates" (93), et j'en oublie... Disons encore les mélanges qui se font dans le silence et la fraîcheur des celliers : là "alcools et acides s'équilibrent avec les esters de la glycérine, odo-

---

(91) Cf. Michel Serres, *op. cit.*, p. 171.

(92) *Ibid.*, p. 172-173.

(93) *Ibid.*, p. 171.

riférants, parmi les eaux et les sucres" (94). Et si maintenant vous prenez et dégustez un Yquem, il écrira sur vos langues, en un seul moment, tous ces mélanges... Mais laissons plutôt parler Michel Serres : "voici passer les fleurs printanières, églantines ou lilas, clématites, les fruits de messidor, jusqu'aux pêches, ceux d'automne ou d'hiver, poires, pommes, raisins, noix, roulent derrière quelques noisettes, le long d'un sous-bois noir aux fougères blettes, voici des truffes dans l'humus gris, l'écorce collante de résine, puis des fragrances rares, minérales, silex, pierre à fusil, animales aussi, musc ou ambre" et "voici, derrière les bouquets second et premier, floréal d'abord, bestial et rocheux par après, le fumet, le tiers fumet si difficile, posé comme pizzicati sous la déclamation, hachures parmi un tissu à ramages" (95). Essayez de les reconnaître, "odeurs éthérées comme l'acétone ; aromates : menthe, géranium ; ambrosies : jasmin, vanille et tilleul ; baumes comme le benjoin, l'œillet, le camphre ; empyreumes comme le café, le tabac" (96)... En effet l'Yquem, c'est tout cela, et "pour en venir à ce tableau mêlé, il a fallu un millénaire au moins d'entêtement paysan, semé de famines" (97)... Pareillement les breuvages sont le produit d'une combinaison, même si celle-ci n'approche en rien le multiple, le complexe, de celle qui précède...

Les vins et breuvages constituent-ils enfin une réalisation de formes dotée d'une existence autonome ? Comme pour les créations culinaires, cela va sans dire, et point n'est besoin de s'y arrêter...

2. - Les vins et breuvages, créations perceptibles par le goût, peuvent-ils être protégés par le droit d'auteur ? - Comme nous l'avons rappelé à propos des créations culinaires, ont seulement à être prises en compte ici certaines caractéristiques positives qui sont l'accessibilité, la descriptibilité et l'originalité.

Pour être protégée, l'œuvre doit être accessible aux sens et à l'esprit humain. Cette exigence ne soulève en la matière aucune difficulté, les vins et breuvages étant, comme les créations culinaires, de toutes les œuvres de l'esprit les plus accessibles...

Pour être protégée, l'œuvre doit encore pouvoir être décrite de manière objective. Par là, autrement dit, il est exigé que les caractères essentiels de la forme gustative à laquelle donne lieu un vin ou un breuvage puisse, pour des raisons évidentes d'identification, être décrits, objectivement, de manière suffisante. Mais comme pour le parfum, comme pour les créations culinaires, il s'agit là, de l'exigence la plus difficile à satisfaire... En effet, une analyse chimique peut renseigner sur les composants d'un vin, ou d'un breuvage, ainsi que sur leurs proportions. Mais elle ne permet pas de donner une description de la forme gustative elle-même. Et d'ailleurs, comme le dit fort bien Michel Serres, "s'il fallait énoncer ce que contient le vin, la liste s'allongerait d'autant qu'on estime le vin, le papier recouvrirait la bouteille, la cave, la vigne, la surface du paysage, comme une carte fidèle point par point" (98). Ainsi le vin n'est pas objectivement descriptible, et cela se comprend puisqu'il est par essence "un mélange nombreux à implications

---

(94) Ibid., p. 172.

(95) Michel Serres, op. cit., p. 170-171.

(96) Ibid., p. 171.

(97) Ibid., p. 172.

(98) Michel Serres, op. cit., p. 240.

serrées" (99). Reste toutefois l'expertise, car un vin "paraît aux exercés aussi objectif et précis que la série des nombres" (100). Mais d'abord rien n'autorise à affirmer que les tribunaux considéreraient comme suffisants les éléments apportés par l'expertise, d'autant que l'expert qui devra exprimer dans une forme verbale une forme gustative de nature liquide devra être fort talentueux, car tout au plus pourra-t-il évoquer, mais non pas figurer. Ensuite, on peut se demander si l'expertise servirait à quelque chose, au plan du droit d'auteur du moins, car en matière de vins comme en matière de parfums ou de créations culinaires, il ne s'agit pas à proprement parler de contrefaçon, mais d'élaboration de produits juste assez ressemblants pour être concurrentiels... Jamais un vin rouge de Californie, par exemple, ne pourra être juridiquement considéré comme une copie contrefaisante d'un vin de Bordeaux (101). Et ces remarques peuvent être transposées pour les breuvages, dès lors que le prétendu contrefacteur aura agi avec un peu d'adresse...

Pour être protégée, l'œuvre doit enfin être originale. Ainsi le vin, ou le breuvage, qui aspire à la protection offerte par le droit d'auteur doit présenter la marque de la personnalité de son auteur ou d'un apport intellectuel de celui-ci... Lorsqu'on se remémore la multiplicité des choix dont un vin est la résultante, il semble qu'il ne devrait théoriquement pas y avoir de grandes difficultés à établir qu'un vin présente la marque de la personnalité de celui qui l'a fait... Ne dit-on pas d'ailleurs, même parmi les simples amateurs : un vin, un homme ? Ne dit-on pas non plus, dans les milieux spécialisés, que n'est vraiment un vin que celui qui exprime un terroir et la personnalité du vinificateur (102) ? Ce qui, bien évidemment, ne veut nullement dire que tous les vins portent la marque de la personnalité de leur auteur ! D'une manière analogue, il ne devrait théoriquement pas y avoir de difficultés à établir qu'un breuvage présente la marque d'un apport intellectuel de son auteur, celui-ci ayant par exemple réalisé une combinaison de goûts jusqu'alors jamais tentée comme un mousseux au goût de tel ou tel fruit. Ce qui ne veut nullement dire, là non plus, que tous les breuvages portent nécessairement la marque d'un apport intellectuel de leur auteur...

## B - LES ŒUVRES DE L'ESPRIT PERCEPTIBLES PAR LE TOUCHER

16. - Le toucher, de nos sens, assurément le plus singulier ! Faisant lien, passage, pont entre tous les sens, la peau est en effet le sens commun à tous les sens (103)... Mais il y a plus : comme le sujet jamais ne se voit

---

(99) Ibid.

(100) Ibid., p. 176.

(101) Au demeurant, tant que le vin restera un produit instable et complexe, aucun ordinateur n'en pourra faire l'analyse, à la différence du breuvage, boisson stable dont la formule se réduit par hypothèse à une suite finie de mots et de chiffres.

(102) En illustration du fait qu'un vin a un visage, "esquissé par le terroir où il s'enracine" et "modelé à son image par le vigneron", v. par exemple "À chaque vin, son visage", article de Bernard Ginestet, in "Partance" n° 1, Le Bordelais, décembre 1990, p. 46 et s.

(103) Ajoutons qu'elle est, de nos surfaces sensibles, la plus étendue (18.000 cm<sup>2</sup> chez l'adulte, alors que la vue, l'ouïe, l'odorat et le goût n'occupent que quelques centimètres carrés), la plus riche en récepteurs sensoriels (1.500.000, au total) et la plus fine (elle apprécie mieux les différences de contact que l'oreille n'apprécie les intervalles entre deux sons, et si l'on soumet la peau à une vibration de fréquence rapide, elle peut détecter des interruptions de 10 millièmes de seconde).

véritablement, ni ne s'entend, ni ne se sent, ni ne se touche, il faut bien un sixième sens, un sens par lequel le sujet se retourne sur lui-même, et ce sens, c'est le sens interne dont la peau est une avancée... Enfin, devenant à loisir sujet ou objet (104), veilleur ou guide, la peau est le "lieu où le dialogue de fond avec les choses et les autres arrive" (105)... Et, à notre avis, nul mieux que Michel Serres n'a suggéré l'importance des sensations tactiles lorsqu'évoquant le toucher, il souligne : "aux avant-postes du sujet, la peau" (106), et lorsque parlant des effets du toucher, il fait observer : "en mon corps, tunique de néant, se pose l'être" (107). Effectivement, nul n'a jamais connu, nul n'a jamais aimé, s'il n'a touché...

L'extrême singularité du tact invite à se demander s'il existe même des œuvres de l'esprit essentiellement perceptibles par le toucher... À notre connaissance, on peut tout au plus avancer qu'à l'heure actuelle ont été mis au point, pour les aveugles, des appareils électroniques qui émettent des pulsations provoquant des stimulations cutanées, stimulations devant s'analyser comme de véritables messages puisque, cela a été démontré, la peau est capable de déchiffrer des messages complexes et rapides. Demain, sur la base de principes voisins ou différents, pourraient être mis au point des appareils susceptibles d'émettre des pulsations de nature à provoquer un ensemble de stimulations cutanées déterminées, que l'utilisation soit à des fins thérapeutiques (108), hédonistiques, voire esthétiques...

En l'absence de plus amples informations, tout ce qu'on peut dire est comment le problème d'une éventuelle protection par le moyen du droit d'auteur se poserait... Ainsi que nous l'avons maintes fois souligné, la première question à envisager serait celle de savoir si une œuvre de l'esprit essentiellement perceptible par le toucher est protégeable au titre du droit d'auteur, c'est-à-dire est susceptible de s'analyser comme une réalisation de formes dotée d'une existence autonome, étant souligné que la seule exigence à soulever une légère difficulté serait l'exigence de forme (109)... La seconde question à envisager serait celle de savoir si une œuvre de l'esprit essentiellement perceptible par le toucher peut être protégée par le droit d'auteur, c'est-à-dire peut satisfaire aux exigences d'accessibilité, de descriptibilité et d'originalité, étant souligné que la seule exigence à créer de très réelles difficultés serait l'exigence de descriptibilité (110)...

---

(104) C'est d'ailleurs parce que la peau est à la fois sujet et objet que, symboliquement, elle n'a jamais été représentée par un objet spécifié dans les œuvres artistiques de la fin du Gothique et du début de la Renaissance (cf. par exemple l'ensemble de tapisseries, *La Dame à la Licorne* à Paris, au Musée de Cluny). Et c'est encore pour cela qu'il n'existe pas de terme particulier pour désigner ce qui provoque les sensations tactiles : il n'y a pas d'équivalent du mot "odeur" pour le toucher.

(105) Michel Serres, op. cit., p. 51.

(106) Michel Serres, p. 33.

(107) Ibid., p. 249.

(108) Chez l'adulte, notamment, il est bien connu que l'insatisfaction tactile, ou affective, peut provoquer des contractions musculaires douloureuses, en particulier au niveau des muscles vertébraux postérieurs. Nombre de cervicalgies, dorsalgies et lombalgies, qualifiées injustement de rhumatismes ou de névralgies, ne sont pas autre chose que des douleurs spastiques de carences en stimulations cutanées à connotation affective.

(109) À l'évidence, l'exigence de réalisation et, a fortiori, l'exigence d'autonomie, seraient faciles à satisfaire.

(110) Ni l'exigence d'originalité, ni a fortiori l'exigence d'accessibilité, ne devraient en elles-mêmes et en théorie, soulever de difficultés de preuve...

## CONCLUSION

17. - Au terme de cet examen, il apparaît que les œuvres de l'esprit perceptibles par l'odorat, le goût et le toucher sont en principe exclues du bénéfice de la protection offerte par le droit d'auteur, non parce qu'elles ne sont pas protégeables au titre du droit d'auteur, puisqu'incontestablement elles le sont, mais parce qu'elles ne peuvent satisfaire aux conditions d'application du droit d'auteur, et plus précisément parce que les formes dont elles sont constituées ne peuvent, en l'état actuel de la science, être décrites de manière objective et complète !

Faut-il pour autant en conclure qu'au fond cela n'a guère d'importance en raison du caractère marginal de ces œuvres, comme cela est parfois affirmé ? Ce serait, en vérité, une conclusion bien hâtive, qui trahirait en outre une ignorance complète des implications financières de certaines de ces œuvres... En effet, pour se limiter à un seul exemple, le marché du parfum a un poids considérable : est-il besoin de rappeler que "la France est de loin le premier exportateur mondial de produits de parfumerie et de beauté" et que "la profession se situe (...) au 4e rang des activités exportatrices françaises du point de vue du solde excédentaire" (111) ?

En désespoir de cause, serait-on fondé à avancer l'absence d'intérêt intellectuel de la question ? Pas plus, pensons-nous, car ce sont précisément les questions marginales qui permettent d'affiner la formulation des questions et l'élaboration des définitions... Ainsi la protection des logiciels a-t-elle permis de mieux cerner l'exigence d'accessibilité... Pareillement, la question de la protection des parfums a permis de dégager l'exigence d'accessibilité et la question de la protection des œuvres perceptibles par le goût et le toucher l'a remis en pleine lumière...

Mais le problème de l'éventualité de la protection par le droit d'auteur des œuvres de l'esprit perceptibles par l'odorat, le goût et le toucher a un autre intérêt : celui de soulever la question de savoir si l'admission d'une telle protection n'aurait pas pour effet de permettre l'appropriation d'un savoir-faire et par voie de conséquence, ainsi que l'a très justement souligné le Professeur André Lucas (112), de vider d'une grande partie de son intérêt d'application le droit des inventions brevetables... Personnellement, nous ne croyons pas beaucoup à la réalité d'un tel risque, car le droit d'auteur ne peut, ne doit, protéger que les seules formes, et qu'il n'est guère envisageable que la Cour de cassation tolère des écarts en cette matière (113). Mais il n'en demeure pas moins qu'il y a là une invite à entreprendre une réflexion plus approfondie sur la distinction fondamentale entre forme et idée... Décidément, la question des rapports entre le droit d'auteur et les œuvres de l'esprit perceptibles par l'odorat, le goût et le toucher -œuvres encore aux marches du droit d'auteur- est loin d'être dénuée de tout intérêt !

---

(111) Information extraite de la publication patronnée par le Comité français du Parfum, "Histoires de parfums", conception R.H.M., 1988, p. 79.

(112) A. Lucas, art. préc., *Juris-Classeur Civil/Annexes, Propriété littéraire et artistique*, Fasc. 303, n° 10 et 11.

(113) Ajoutons qu'en ce qui concerne le parfum, par exemple, la protection par la propriété industrielle du procédé de fabrication, théoriquement possible (v. à ce propos J.-P. Pamoukdjian, op. cit., p. 190 à 208, ainsi que notre article précité, R.R.J. 1989-3, p. 593 et s.) n'est pas en fait utilisée et qu'en ce cas il n'y a donc jamais eu l'ombre d'un risque de détournement de protection !

R.R.J. 1992-1  
Pages 129 à 160

- IV -

**DROITS DE L'HOMME**



La littérature scientifique sur les Droits de l'Homme est à ce jour essentiellement juridique, label qui paraît légitime. Cependant, par son ampleur, le sujet intéresse aussi d'autres disciplines. Certaines sont assez éloignées des sciences juridiques, d'autres se situent à leur intersection avec d'autres champs de recherche. Parmi ces dernières, l'anthropologie juridique. Nous présentons, dans les pages suivantes, deux textes qui en relèvent. L'un en guise d'introduction, consiste dans un entretien radiophonique (France Culture) avec le Professeur Norbert Rouland. L'autre, plus approfondi, a été élaboré à partir d'une série de cours donnés à Strasbourg par le Professeur Étienne Le Roy.



# LES UTILISATIONS DE LA NOTION DE DROITS DE L'HOMME DANS LE NOUVEL ORDRE INTERNATIONAL

Par

Norbert ROULAND  
*Professeur à l'Université d'Aix-Marseille III*

(Interrogé par T. Garcin, à propos de son livre *Aux confins du droit*, Paris, Odile Jacob, 1991)

France-Culture, émission *Les enjeux internationaux*, 26 novembre 1991 (1)

*T.G.* - L'expression "Droits de l'homme" a été souvent vidée de son sens, en tout cas galvaudée, pour avoir été utilisée à tire-larigot. L'accusation d'atteinte aux droits de l'homme est un peu la dernière cartouche dialectique pour tenter de déconsidérer l'adversaire politique. M. Gorbatchev il y a quelques années a renvoyé la balle dans le camp des progressistes en disant en substance "Mais de quel droit s'agit-il" -les siens étaient collectifs et non pas individuels- et quel "homme" puisque selon lui il y avait un *Homo sovieticus*. De plus les droits étaient toujours dissociés de la notion de devoir, étaient censés être absolus et non pas relatifs et ne pouvaient être que laïques. Or, on l'avait vu avec l'affaire Rushdie traitée ici-même en son temps, il y a les droits de Dieu qui, avec la fatwah, peuvent être des ordres dans le cadre de la loi islamique. L'Europe et ses droits de l'homme avaient souvent été présentés au cours de la décennie 80 comme le point ultime du progrès civilisateur. C'était d'ailleurs, on l'oubliait avec un certain cynisme, une virginité bien fraîche et rassurante : la seconde guerre mondiale c'était avant-hier et la guerre civile au cœur de l'Europe, en Yougoslavie, c'est aujourd'hui. Reste que les droits de l'homme à l'occidentale sont supposés universels, ou plutôt il y a une certaine universalité de ces droits qui pourrait être partagée par d'autres civilisations et d'autres communautés, religions, etc. Cette notion d'universalité ou d'universalisme des droits de l'homme est-elle essentielle dans votre réflexion en tant qu'homme de droit ?

*N.R.* - En effet les exemples que vous venez de citer témoignent à la fois de cette aspiration à l'universalité et des difficultés qu'elle pose puisque, à l'heure

---

(1) Ce dialogue est reproduit par la Revue avec l'aimable autorisation de France-Culture.

actuelle, les droits de l'homme font l'objet d'une reconnaissance quasi générale. On pense que l'homme a des droits opposables à la société, notamment à la société politique, et, puisque vous faisiez allusion à M. Gorbatchev, et aux réformes qui ont suivi son arrivée au pouvoir, je dirai que l'effondrement des régimes communistes a un effet sur la généralité de cette reconnaissance dans la mesure où disparaît aussi avec ces régimes communistes la vision relativiste des droits de l'homme. Maintenant, nous pensons que les droits de l'homme sont la base de la société et non pas son produit dialectique comme les marxistes le croyaient. Ceci dit, comment penser l'universalité des droits de l'homme dans un cadre pluriel ? Si les droits de l'homme aspirent à être universels, il reste qu'à l'heure actuelle, la société internationale, d'une part, est pluriculturelle et d'autre part, est également pluri-étatique, et les différents États n'ont pas les mêmes idées sur le contenu de ces droits de l'homme.

T.G. - Et puis il y a la dimension religieuse ou spirituelle, sans parler des civilisations monothéistes.

Disons qu'il y a des perceptions tout à fait différentes d'une aire géographique à l'autre.

N.R. - Bien entendu. Notre texte fondateur est la Déclaration des droits de l'homme de 1789. Bien sûr, on dit que cette Déclaration est proclamée sous les auspices de l'Être Suprême, le grand Horloger, mais s'il n'était pas là, cela ne changerait pas du tout le contenu des droits de l'homme dans ce texte. Mais en effet, dans le monde actuel, on assiste à une prise en considération nouvelle des religions, et sans même parler des religions monothéistes, comme vous le signalez, on trouve des conceptions des droits de l'homme qui font appel à une vision cosmologique. Je pense par exemple à l'Inde : la civilisation indienne pourrait aussi avoir une conception des droits de l'homme, mais à la limite ce ne serait pas simplement les droits de l'homme, mais ceux de l'univers, les droits de toute créature vivante - les humains bien sûr, mais aussi les animaux, voire même les végétaux et les divinités. Dans le droit hindou notamment, les divinités disposent d'une capacité juridique pour faire reconnaître leurs droits.

T.G. - On a vu également avec la loi islamique, en tout cas avec son interprétation par le régime iranien, depuis quelque dix ans, l'importance de ces "droits" de Dieu sur l'homme.

N.R. - À propos de l'Islam, c'est peut-être avec cette civilisation -bien qu'elle soit monothéiste comme notre tradition judéo-chrétienne- que nous avons le plus de difficultés à communiquer au niveau des droits de l'homme, parce que l'actualité fait peut-être que nous nous sommes fixés sur des images assez extrêmes de l'Islam. Mais il faut savoir qu'il existe aussi toute une partie du monde qui obéit à un Islam non arabe, et dans lequel l'Islam voisine finalement dans de bonnes conditions avec d'autres formes de civilisations. D'autre part, il y a tout un courant de pensée islamique qui a réfléchi sur les droits de l'homme. Il y a maintenant dix ans (puisque la proclamation date de 1981), a été promulguée une déclaration dite "islamique" universelle des droits de l'homme. Bien entendu, je n'ai pas le temps ici d'en faire le

commentaire, mais si nous la lisons, nous nous apercevons que finalement elle jette un pont entre différentes conceptions des droits de l'homme : la nôtre, bien entendu, la conception occidentale -en proclamant l'égalité des hommes, comme le droit à la liberté religieuse, à la liberté de pensée, etc.- mais également les conceptions des sociétés traditionnelles, et affirme -et là il y a évidemment un point de divergence- la supériorité des droits de Dieu sur les droits de l'homme. Non pas que les droits de l'homme n'existent pas dans cette pensée, mais ils doivent être subordonnés aux droits de Dieu. Autrement dit, il y a dans la conception islamique un sacré religieux, tandis que dans nos droits de l'homme c'est un sacré qui est, je dirais, purement laïque.

T.G. - Enfin, païen au sens neutre du terme, en ne faisant pas appel à cette dimension religieuse. Il y a une grande question aujourd'hui, qui bouscule les États, les hiérarchies, les rapports entre États, c'est la question des minorités. On le voit aussi bien en Europe centrale, orientale, qu'en Europe soviétique. Ce sont souvent des droits considérés comme collectifs. En même temps toute la notion de droits de l'homme aujourd'hui est quand même essentiellement individuelle. Est-ce que vous partagez ce point de vue en tant que penseur du droit dans notre civilisation occidentale ?

N.R. - Les rapports entre les droits de l'homme et les droits des minorités, si vous me passez cette expression familière, c'est un des niveaux où les droits de l'homme, "ça coince".

T.G. - On est toujours d'une certaine façon la minorité d'un autre groupe. La notion même de majorité est à revoir, pour un juriste aujourd'hui, d'un point de vue théorique.

N.R. - Je dirai que ce qui fait une minorité, ce n'est pas forcément la notion arithmétique. On peut très bien être minoritaire en étant démographiquement majoritaire. Par exemple les Noirs d'Afrique du Sud, ou des populations indiennes dans certains États d'Amérique latine, etc. Le fait d'être minoritaire, c'est un rapport structurel de domination ; ceci dit, dans pas mal de cas, la minorité arithmétique coïncide avec la minorité socio-politique. Mais ce n'est pas seulement une notion arithmétique. Il y a quand même une donnée numérique qui s'impose, c'est qu'à l'heure actuelle, la société internationale est composée d'environ 162 États, et l'on relève entre 10 à 20 000 groupes ethniques. Vous voyez qu'il y a une disproportion criante : dans une certaine mesure les droits des États et les droits des minorités sont différents, voire opposés. Les États, qui sont soucieux de leur unité, ont bien conscience de cette disproportion et ils se sont longtemps défendus en manipulant ou en utilisant -si vous préférez- la notion de droits de l'homme. Ils ont souvent dit "Il n'y a pas besoin de reconnaître des droits collectifs aux minorités, parce que, si l'on applique les droits de l'homme, cela suffit". Malheureusement, maintenant nous le savons, nous le voyons bien, *cela ne suffit pas*. Les droits de l'homme sont évidemment une base nécessaire, mais pas une base suffisante, et j'en vois la preuve dans le fait que, dans le droit international, dans le droit qui est produit par de grandes organisations comme l'OIT, l'ONU, il y a eu au cours de ces dix dernières années un renversement de tendance considérable : après la seconde guerre mondiale, le mot d'ordre était

effectivement "les droits de l'homme suffisent à assurer les droits des minorités, et ces minorités, il faut les assimiler, en les respectant, mais les assimiler". Maintenant, c'est exactement vers le contraire qu'on se dirige. Le mot d'ordre est au respect des différences, on va vers la reconnaissance de droits collectifs, et l'on se dirige même -c'est une évolution encore conditionnelle vers une extension du droit d'autodétermination. Là encore, au lendemain de la seconde guerre mondiale, le droit d'autodétermination était réservé surtout aux peuples colonisés, c'était la théorie dite de "blue water", c'est-à-dire des peuples qui étaient situés de l'autre côté de la mer. Maintenant on commence à se demander si le droit d'autodétermination ne reviendrait pas même aux minorités à l'intérieur des États.

*T.G.* - Ce qui supposerait, dans une optique où l'on célèbre aujourd'hui la communauté planétaire, une parcellisation, une atomisation des pouvoirs. C'est donc un rôle de l'État différent à quoi l'on tend.

*N.R.* - Bien entendu. C'est ce danger qui explique un certain paradoxe. Beaucoup de pays souscrivent à ces nouveaux textes internationaux qui effectivement marquent un très grand renversement de tendance...

*T.G.* - Mais pour les besoins de la cause ?

*N.R.* - J'ai l'impression que ça peut être pour les besoins de la cause, parce que beaucoup de ces États, au niveau interne, mettent pas mal de réticence à appliquer ces dispositions généreuses sur le plan international.

*T.G.* - Alors, comment faire en sorte qu'on revienne à une certaine universalité, à un certain universalisme de la notion de droits de l'homme ?

*N.R.* - Il n'y a pas de solution miracle. La seule certitude, c'est que ce sera long et qu'il ne faut pas refaire l'erreur qu'on a commise, à mon sens, en 1948, en proclamant la déclaration *universelle* des droits de l'homme. Ce qu'il y a de nouveau et positif dans cette déclaration universelle, c'est qu'on y affirme que tout être humain, parce qu'il est humain, a des droits. Mais pour le reste, on s'est mis à définir des droits supposés universels, qui en réalité portent très largement l'empreinte de la civilisation occidentale. Donc il n'y a pas à s'étonner s'ils sont appliqués à l'heure actuelle surtout dans l'aire d'influence de la civilisation occidentale et guère ailleurs. À mon sens, il faut faire plusieurs choses : d'abord, l'inventaire des différentes conceptions des droits de l'homme, parce que toutes les sociétés se sont posé le problème de la garantie des droits de la personne face à la société politique et face aux États. Si l'on fait cet inventaire, on s'apercevra qu'il y a des conceptions tout à fait honorables des droits de l'homme qui ne correspondent peut-être pas aux nôtres, mais qui, encore une fois, ne sont pas infâmes. Je m'élève contre ce qu'on entend beaucoup dire en ce moment : soit la démocratie occidentale, soit Saddam Hussein, ou Hitler, ou Staline de l'autre côté. Le choix n'est pas aussi simple.

T.G. - Vous pensez par exemple à l'Afrique en ce moment.

N.R. - Par exemple. Dans l'Afrique actuelle, il y a des excès regrettables, mais si l'on puisait dans le fonds de l'Afrique noire traditionnelle, on s'apercevrait qu'il y a des techniques de limitation de pouvoir, de séparation des pouvoirs, qui n'ont rien à voir avec les excès de dictateurs grotesques auxquels on assiste. Comme je l'ai écrit, l'inventeur de la séparation des pouvoirs, c'est sans doute Aristote ou Montesquieu, mais il y a eu des Aristote et des Montesquieu africains. Il faut donc faire cet inventaire et certains textes qui ont été produits, comme cette déclaration islamique des droits de l'homme ou la charte africaine des droits de l'homme et des peuples, sont de bons documents de travail. Il faudra bien entendu faire attention au problème de la représentativité : qui parle au nom de qui ? Second point : je crois qu'il existe des ponts, des passerelles entre les conceptions non occidentales des droits de l'homme et ce que l'on appelle la "troisième génération" des droits de l'homme. Les droits de l'homme, ce n'est pas seulement 1789, c'est aussi le droit à l'environnement, à la paix, à la justice ; là, on voit réapparaître des notions qui existent dans les sociétés non occidentales, telle que la notion de *devoir*, comme vous l'expliquiez, ou le sens du *sacré*. Le sens du sacré, c'est tout à fait évident dans les réflexions qui entourent à l'heure actuelle la notion de droit à l'environnement : je pense à la campagne légitime de Jacques Cousteau qui veut faire inscrire dans notre constitution le droit des générations futures à hériter de nous une terre à peu près vivable. En ce qui concerne les divergences qui résulteront fatalement de ces énoncés de droit que je recommande, il faut évidemment les reconnaître, j'insiste bien sur ce point : les reconnaître, même si elles sont contradictoires. Parce qu'il est important de donner un droit à l'existence aux autres conceptions. Cela peut éventuellement désamorcer leur agressivité. Donc si nous constatons que, notamment au niveau des droits de la femme, ou sur des problèmes tels que l'excision, il y a des divergences radicales, reconnaissons-les, nous verrons après comment les traiter. Ensuite, il faut fixer les procédures et les lieux d'un dialogue interculturel. Bien entendu il revient aux États de le faire, mais pas qu'aux États : il faut également que des organisations nationales ou internationales étatiques ou non, puissent procéder à cette élaboration. Je pense au rôle de l'UNESCO, qui est important en la matière : il faut le continuer, et d'autres organisations peuvent également s'adjoindre à ce travail. Autre chose : dans l'attente de la solution éventuelle de ces contradictions, on doit aménager des solutions pluralistes. On le voit notamment en ce moment dans le tiers monde : certains États d'Afrique noire mettent sur pied des politiques d'*authenticité*. Ils cherchent à trouver, au fond, des formules qui tiennent compte à la fois des solutions du droit moderne et des solutions du droit traditionnel, et très souvent cela se traduit par des facultés d'option qui sont laissées au justiciable. Donc, lorsqu'une règle et une autre portant sur le même sujet sont contradictoires, on peut imaginer que pour sortir au moins temporairement du problèmes, on reconnaisse une faculté d'option. On peut également -et c'est d'ailleurs un système qui est utilisé depuis longtemps au niveau des traités internationaux- adhérer à un certain nombre de règles contenues dans ces traités mais tel État peut émettre des réserves ponctuelles ou rédiger des protocoles additionnels. Enfin tout ceci doit être parachevé, accompagné par l'éducation. Sans doute

est-ce un professeur qui parle en ce moment, mais je crois effectivement beaucoup à l'éducation. À elle seule elle ne suffira pas à résoudre ces problèmes, mais en tout cas elle est indispensable. Si l'on veut rendre possible ce dialogue interculturel qu'appellent les droits de l'homme, mais aussi bien d'autres choses dans notre société moderne, si l'on veut lutter contre le racisme, il faut passer par l'éducation. Il faut absolument que nos enfants, nos adolescents apprennent à connaître les systèmes autres que ceux dans lesquels ils ont été éduqués. J'avais été consulté il y a quelques temps par la commission Joutard qui se penchait sur la refonte des programmes des enseignements primaire et secondaire, et j'avais notamment préconisé qu'un certain nombre de rudiments d'anthropologie sociale soient enseignés aux enfants, justement dans cet esprit. Je ne sais s'il en sera ainsi, mais je l'espère. C'est en tout cas l'un des buts que je poursuis dans les enseignements que je dispense dans ma faculté : montrer aux étudiants qu'il existe d'autres systèmes juridiques que le nôtre et qu'il est nécessaire de les connaître.

# LES FONDEMENTS ANTHROPOLOGIQUES DES DROITS DE L'HOMME

CRISE DE L'UNIVERSALISME ET POST MODERNITÉ (\*)

Par

Étienne LE ROY

*Professeur d'anthropologie juridique à l'Université de Paris 1,  
Directeur du Laboratoire d'anthropologie juridique de Paris*

## SOMMAIRE

- **Première leçon : Science de l'homme, science du Droit et droits de l'homme.**

Bien que nés dans un contexte commun, celui de la philosophie des lumières et de la révolution américaine, les droits de l'homme et l'anthropologie se sont largement ignorés. La redécouverte récente de leurs interférences nécessaires s'inscrit dans la crise des systèmes de pouvoirs, des idéologies et de l'économie-monde et rend manifeste la relation "ontologique" entre la modernité comme système de représentation du monde et le discours des droits de l'homme. La post-modernité dans laquelle nous sommes entrés nous oblige à repenser ses fondements humanistes et occidentaux, au risque de nouvelles dérives.

- **Deuxième leçon : La remise en cause de la conception "classique" des fondements des droits de l'homme : l'universalisme n'est que le trompe l'œil d'une occidentalisation du monde.**

L'application bien décevante de la déclaration universelle des droits de l'homme a conduit à s'interroger sur les fondements occidentaux qu'elle véhicule et sur leurs limites intrinsèques. En 1948, les États signataires se sont imposés des règles d'autocontrôle visant à protéger les droits des individus contre des pouvoirs étatiques "holistes" et potentiellement totalitaires. En remontant aux origines de l'individualisme (la Réforme) et de l'étatisme (la contre Réforme), on peut mesurer l'homogénéité des logiques sociétares

---

(\*) Introduction à la Session d'enseignements des 1er au 5 juillet 1991 de l'Institut International des Droits de l'Homme de Strasbourg.

associées à la modernité, la diversité de leurs traitements dans les variantes européennes et nord-américaines et identifier leur vrai fondement : la sacralité du pouvoir. La conception occidentale des droits de l'homme est ainsi fonction des représentations judéo-chrétiennes et n'est exportable qu'avec ces représentations.

- **Troisième leçon : Variations orientales. Les apports des pensées "indienne", confucéenne et islamique nous obligent à relativiser les substrats juridiques, sociaux et idéologiques de la conception des droits de l'homme.**

Sans prétendre traiter au fond ces trois systèmes de pensées, on en retiendra la relativité des représentations occidentales. Par exemple, la prise en considération de la notion indienne de dharma montre que chaque système possède sens et cohérence en fonction du mythe qui le fonde. De même, la pensée ritualiste chinoise marquée par le confucianisme ne peut se représenter un corps de règles destinées à protéger les droits de l'individu contre la collectivité. Enfin, l'humanisme musulman est contrebalancé par la théologie et par l'interprétation religieuse des fondements du Droit depuis la fermeture des portes de l'effort.

- **Quatrième leçon : Les ruptures des pensées "animistes" africaines et amérindiennes.**

En poursuivant l'analyse des divers systèmes de représentations de l'homme et des mécanismes de protection contre le pouvoir, on découvre avec les pensées animistes des logiques sociétaires où toutes les instances du social sont pensées en termes multiples, spécialisés et interdépendants. Le divin, l'humain et le social, comme le temps, l'espace, le réel ou l'ordre du monde sont organisés selon des principes qui ne laissent pas de place aux fondements anthropologiques occidentaux et illustrent le rôle d'une logique "plurale" qu'essaie avec beaucoup de difficultés d'assumer, par exemple, l'Organisation de l'unité africaine. De telles césures, s'ajoutant à l'héritage colonial d'États forts, produisent des drames permanents dont se font l'écho les Organisations non gouvernementales et ouvrant au "devoir d'ingérence".

- **Cinquième leçon : Les droits de l'homme et la post-modernité. Vers une nouvelle responsabilisation des individus face à tout pouvoir.**

Si pour certains l'ingérence est fondée sur un devoir d'humanité, elle est aussi pour nous l'autre face du "droit de conquête" dont les Amérindiens vont fêter le cinquantième centenaire en 1992 et dont la guerre du golfe vient d'apporter une nouvelle illustration. Au delà de la crise des valeurs, déjà bien analysée, la période actuelle rend manifeste la faiblesse des représentations de l'État, du libéralisme et de l'individualisme et la fragilité de la théorie des droits de l'homme à mesure où, prenant de l'importance, cette théorie risque de se transformer en idéologie. Élément essentiel d'un capital symbolique émergeant à l'échelle de la planète, cette théorie ne risque-t-elle pas d'être monopolisée par les clercs d'un pouvoir qui voudrait s'imposer au nom d'une rationalité humaniste oublieuse de la démocratie ? La sortie de la modernité, de ses mythes et de ses lacunes est l'occasion de repenser nos représentations du monde, en relevant le défi de la diversité et de l'altérité.

## PREMIÈRE LEÇON SCIENCE DE L'HOMME, SCIENCE DU DROIT ET DROITS DE L'HOMME

Cette leçon introductive à la problématique contemporaine des fondements anthropologiques des droits de l'homme a trois objectifs.

Tout d'abord, il s'agira pour nous de repérer le creuset d'où sont issues les représentations fondatrices des sciences de l'homme et des droits de l'homme, à travers ce qu'on appelle la philosophie des lumières, au XVIIIème siècle.

Ensuite, à la même période pour les pères fondateurs de la Révolution américaine, à partir du début du XIXème siècle pour l'Europe continentale, une ignorance durable s'installe entre l'anthropologie et les droits de l'homme au profit de la science du Droit. Cette science du Droit paraît apporter des garanties par l'universalisme que véhicule la codification exprimant une "raison écrite", par le fondement idéaliste qui est à la base de la philosophie spontanée du juriste et par les procédures susceptibles d'être mises en œuvre pour assurer le respect des dispositifs normatifs (concrétiser l'état de droit).

Les présupposés évolutionnistes communs aux juristes et aux ethnologues de l'époque font sous-estimer la diversité des formes d'organisation au profit de l'unité proclamée du genre humain.

Bien qu'il s'agisse là d'un progrès à l'égard des théories racistes et de leurs versions élitistes contemporaines, l'apparition d'une épistémologie juridique et les transformations récentes d'une anthropologie devenue "dynamique" avec Georges Balandier, Max Gluckman ou Sally Falk Moore conduisent à reconsidérer les conditions historiques et idéologiques qui ont présidé à l'émergence de la théorie des droits de l'homme. Les recherches récentes soulignent ainsi l'origine proprement occidentale de ces représentations, leurs relations avec les conceptions présidant aux systèmes de pouvoirs et au fonctionnement du marché et leur commune fragilité face à ce que les sociologues et anthropologues du Droit appellent la "post-modernité".

### SECTION I - UN CREUSET COMMUN, LA PHILOSOPHIE DES LUMIÈRES

On tiendra ici pour établis les renvois à la philosophie puritaine pour ce qui concerne la déclaration américaine de 1776 et à la philosophie des lumières pour celle de 1789. Nous intéressent non à l'origine philosophique des droits de l'homme (bien établie pour ce qui concerne la tradition française) mais à la communauté de parrainage que droits de l'homme et science de l'homme ont trouvé dans une philosophie humaniste, nous privilégierons le rôle de Jean Jacques Rousseau qui n'a pas été seulement l'inspirateur de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen mais aussi, selon les analyses de Claude Lévi Strauss, le fondateur de l'anthropologie.

"Rousseau ne s'est pas borné à prévoir l'ethnologie : il l'a fondée. D'abord de façon pratique, en écrivant ce "discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes" qui pose le problème des rapports de la nature et de la culture et où on peut voir le premier traité d'ethnologie générale ; et ensuite, sur le plan théorique en distinguant, avec une clarté et

une concision admirables, l'objet propre de l'ethnologue de celui du moraliste et de l'historien : "quand on veut étudier les hommes, il faut regarder près de soi, mais pour étudier l'homme, il faut apprendre à porter sa vue au loin ; il faut d'abord observer les différences pour découvrir les propriétés" (Essai sur l'origine des langues, ch. VIII).

Claude Lévi Strauss fait ensuite ce commentaire :

"Cette règle de méthode que Rousseau fixe à l'ethnologie et dont elle marque l'avènement permet ainsi de surmonter ce qu'à première vue on prendrait pour un double paradoxe: que Rousseau ait pu, simultanément, préconiser l'étude des hommes les plus lointains, mais qu'il se soit surtout adonné à celle de cet homme particulier qui semble le plus proche, c'est-à-dire lui-même ; et que, dans toute son œuvre, la volonté systématique d'identification à l'autre aille de pair avec un refus obstiné d'identification à soi" (C. Lévi Strauss 1973-47)

L'intérêt de cette longue citation pour notre objet est triple. D'une part, elle suggère les nombreuses difficultés qu'a rencontrées l'anthropologie à se définir et à se positionner face à la tendance tantôt au particularisme, tantôt à l'universalisme et que Lévi Strauss exprime ainsi : "ces deux contradictions apparentes, qui se résolvent en une seule et réciproque implication, toute carrière d'ethnologue doit, à un moment ou à un autre, les surmonter" (Ibidem). Car, d'autre part, l'histoire de l'anthropologie illustre la très délicate prise en considération de l'altérité comme question centrale de cette "science de l'homme en société" qu'est devenue l'anthropologie. L'altérité n'ayant été abordée frontalement qu'avec la décolonisation, on peut évaluer les handicaps qu'a connus l'anthropologie dans ses développements récents. Enfin, on soulignera que les contradictions fondatrices de l'anthropologie et impliquant de parler de l'autre dans le langage d'une autre culture, souvent dominatrice, parfois ethnocentrique, ne peuvent être résolues, à la différence de la position de "Sirius" qu'avait adopté C. Lévi Strauss, qu'à travers un engagement clair et conscient aux côtés des dominés. Selon une formule du poète et anthropologue Michel Leiris, "nous qui faisons métier de comprendre les sociétés colonisées auxquelles nous sommes attachés pour des motifs souvent étrangers à la stricte curiosité scientifique, il nous revient d'être comme leurs avocats naturels vis-à-vis de la nation colonisatrice (...). Nous devons constamment être en posture de défenseurs de ces sociétés et de leurs aspirations, même si de telles aspirations heurtent des intérêts donnés pour nationaux et sont objet de scandale" (M. Leiris, 1969-88). Mais, faute de place pour évoquer la place contemporaine de l'anthropologue dans le combat politique et dans la défense des droits de l'homme, il faut aborder les conditions de la sacralisation de la conception occidentale des droits de l'homme puis celles de leur universalisation.

## SECTION II - LA SACRALISATION DE L'INDIVIDUALISME ET L'IDÉALISME DU DROIT OCCIDENTAL

Ces développements mériteraient un long détour par l'Angleterre puritaine du XVII<sup>e</sup> siècle et par l'aventure des colons américains, du Mayflower à la déclaration de Virginie de 1776. À l'individualisme de la Réforme s'ajoute le refus de tout pouvoir qui ne transcrive pas l'éthique puritaine et qui s'exprime par l'anti-centralisme. A. de Tocqueville montre dans sa "Démocratie en Amérique" que la référence à la valeur du soi (self) et à

l'individualisme y trouve sa justification par opposition aux célébrations du pouvoir absolu qu'autorise la contre-Réforme et auxquelles nous reviendrons. Mais, on répondra à un pouvoir absolu par une référence individualiste non moins absolue et on sacralisera ce primat de l'individu de la même manière que la monarchie absolue était sacralisée en faisant du souverain le représentant de Dieu. La dissociation de l'acteur et du principe de souveraineté est certes réalisée par la théorie, surtout anglaise, des deux corps du roi (Kantorowicz, 1957-1989). Mais c'est pour mieux sacraliser le principe quand le roi doit être exécuté. Ainsi l'individualisme et l'égalitarisme se trouvent consacrés (au sens de rendus sacrés) par des représentations religieuses (qui lient à d'autres valeurs) qui doivent tenir à distance le Léviathan, le monstre biblique symbolisant le pouvoir absolu, l'État depuis Hobbes. Mais, cette sacralisation reste censurée ou cachée au profit d'une expression normative, la déclaration des droits, qui s'inspire du décalogue biblique dans la perspective d'une rationalisation formelle qu'a rendu possible la nouvelle science du Droit et son idéalisme.

Cet idéalisme, selon Lenoble et Ost, est "une forme très répandue de pensée qui consiste à expliquer les phénomènes par des chaînes de représentations inconscientes des déterminations qui les traversent, notamment de leur enracinement sociohistorique". Par ses trois attributs fondamentaux, l'abstraction de la norme, la prétendue neutralité de ses effets sociaux et son anhistorisme, l'idéalisme a été à la fois le véhicule de l'universalisation du Droit et le moyen de la masquer aux yeux de ses praticiens. Comme "philosophie spontanée des juristes", l'idéalisme "se présente comme un rapport imaginaire des juristes à leur propre pratique. Ainsi, le rapport de distorsion qui se noue entre le droit et la théorie (idéaliste) de celui-ci se double d'un rapport imaginaire (idéologique) des juristes à leur propre discours". (Lenoble et Ost, 1980-81).

L'idéalisme des juristes voile ainsi l'origine proprement occidentale de la théorie des droits de l'homme et, par son caractère auto-explicatif et auto-suffisant, ignore les apports des sciences de l'homme, voire des sciences sociales.

### SECTION III - DROITS DE L'HOMME ET IDÉO-LOGIQUES DE LA MODERNITÉ ET DE LA POST-MODERNITÉ

Dans son acception actuelle, l'idéologie n'est plus seulement l'expression d'un rapport imaginaire déformant plus ou moins la réalité, comme il était envisagé dans la citation précédente. Pour les anthropologues, en particulier ceux qui travaillent dans la perspective féconde d'une anthropologie dynamique largement transnationale, il convient de parler d'"idéologiques", c'est-à-dire des rationalisations propres à rendre intelligibles des divers comportements des acteurs dans une lecture souvent proche de la théorie des jeux.

Pour les anthropologues du Droit, au moins à l'échelle franco-germano-néerlandaise, ramener l'explication des pratiques juridiques aux logiques qui les fondent et confronter les diverses rationalités qui cohabitent dans les discours du Droit est devenu, depuis les rencontres franco-allemandes de Fribourg (RFA), en 1988, le signe diacritique du point de vue anthropologique (Le Roy, 1989).

Pour les philosophes et sociologues du droit, le binôme 'Droit et jeu' est devenu le cadre d'un nouveau paradigme et, en particulier sous la plume d'A.-J. Arnaud, d'une approche de la post-modernité (Arnaud, 1991). Cet auteur constate tout d'abord le renouveau de la problématique du pluralisme juridique qui, "jusqu'ici catalogué par les juristes comme relevant des études sociologiques et anthropologiques, émerge en conséquence dans le mécanisme de production-même de la norme juridique". Mais, les conséquences susceptibles d'en être tirées sont essentielles :

"Le post-modernisme en Droit n'est pas un mouvement lié à une attitude politique réactionnaire ; parler de droit post-moderne au sens où on l'entend, c'est inviter à reconnaître que les racines "modernes" de nos législations sont bien mortes, et qu'il est temps de passer à une redéfinition de racines philosophiques susceptibles de permettre d'instaurer une régulation pertinente de nos sociétés contemporaines.

La nouvelle règle du jeu, celle du droit post-moderne, va s'enrichir en intégrant les leçons du pragmatisme et du pluralisme... Cette transformation structurelle nous amène à repenser le Droit non seulement en termes de programmation, mais, plus largement, en termes de temps" (Arnaud, 1991-30).

L'ensemble de cet enseignement repose donc sur la conviction que l'universalisation des droits de l'homme par le biais de déclarations générales, en particulier celle de 1948, est un produit de la modernité. Dans la mesure où cette modernité produite par l'Occident rencontre l'obstacle d'autres cultures et bute sur ses propres contradictions ou finitudes, de nouveaux fondements mythiques et anthropologiques devront être trouvés pour mieux assurer la théorie des droits de l'homme.

En reprenant cette question dans la cinquième leçon, à la lumière des commentaires de B. de Sousa Santos (1989), on tentera d'identifier les défis qu'auront à relever théoriciens et praticiens des droits de l'homme. C'est, en tous cas, pour répondre aux invitations de "pragmatisme" et de "pluralisme" de A.-J. Arnaud que nous consacrerons, en revenant à une conception classique de l'anthropologie, les prochaines leçons à un passage en revue des diverses conceptions de l'homme, de ses droits et des modalités de leur protection selon certaines des cultures les plus originales ou les plus importantes pour l'avenir de nos sociétés.

## DEUXIÈME LEÇON LA NOTION DES DROITS DE L'HOMME EST-ELLE UN CONCEPT OCCIDENTAL ?

Le titre de cette leçon reprend littéralement l'intitulé d'un texte riche et provocateur de R. Panikkar, philosophe et historien des religions, à la croisée des cultures indiennes, américaines et européennes. Autour de ce texte, initialement publié par Diogène, la revue canadienne Interculture avait organisé un large forum faisant appel aux points de vue des diverses cultures. On résumera le débat avant d'en approfondir les implications historiques et logiques.

## SECTION I - UN UNIVERSALISME QUI CACHE UNE OCCIDENTALISATION DU MONDE

La première leçon nous a déjà préparés à aborder certaines questions qui prendront concrètement, dans l'exposé oral, une place essentielle dans la poursuite des analyses. Les données sont empruntées aux cahiers 82 et 83 d'Interculture (1984).

- La thèse de R. Panikkar : Ce n'est qu'en tant que symbole que les Droits de l'homme peuvent accéder à l'universel.

Pour R. Panikkar, les droits de l'homme ne sont pas un concept universel parce qu'ils sont discutés au sein même des cultures qui lui ont donné naissance : par la théologie, par le marxisme ou au nom de l'histoire qui "montre à l'évidence que seuls les vainqueurs proclament et promulguent des 'droits', lesquels ne sont rien d'autre que ce que les détenteurs de la puissance considèrent comme juste à un moment donné" (Panikkar, 1984-10). Si, en outre, "on adopte une attitude d'esprit transculturelle, le problème apparaîtra comme exclusivement occidental, c'est-à-dire que c'est la question elle-même qui est en cause (...) Ce qui est en question, ce n'est pas seulement la réponse, mais le problème lui-même" (ibidem).

Or, "la critique transculturelle n'invalide pas la déclaration des droits de l'homme mais propose de nouvelles perspectives pour une critique interne et trace les limites de la validité des Droits de l'homme, tout en offrant de nouvelles possibilités à la fois en vue d'un élargissement du domaine de juridiction de la déclaration (...) et en vue d'une fécondation mutuelle entre la Déclaration et d'autres conceptions de l'homme et de la réalité" (Panikkar, 1984-14).

De ce fait, comme symbole, c'est-à-dire en révélant des dimensions cachées de la problématique, les droits de l'homme tels que contenus dans la déclaration de 1948 accèdent et n'accèdent pas à l'universel. Ils y accèdent en tant qu'expression de valeurs communes au genre humain : "Toute la nouveauté de la Déclaration réside précisément en cela : dans l'affirmation que tout être humain, du simple fait qu'il est humain, est doté de droits inaliénables que tous doivent respecter" (Panikkar, 1984-15).

Mais ils n'y accèdent plus dès lors qu'on prend en compte le contexte culturel dans lequel ces droits s'expriment : "Parce que toute culture exprime son expérience de la réalité et de l'humanum par des concepts et des symboles qui appartiennent à cette tradition et, comme tels, ne sont pas universels et, très vraisemblablement pas universalisables" (Ibidem).

En conséquence, selon le principe du 'pars pro toto', adopter le concept des droits de l'homme, c'est s'assimiler dans la culture occidentale. Mais, aborder les droits de l'homme comme un symbole, c'est poser le vrai problème de la nature de ces dispositifs qui interviennent "au nom du Dieu unique, de l'Empire unique, de la Religion unique, et ce qui est fait aujourd'hui sous l'égide de la Science unique et de la Technologie unique" (Panikkar, 1984-16).

Quel est le vrai besoin auquel correspond le principe de la déclaration universelle ?

- Des commentaires confirmant ces analyses.

À partir de diverses expériences culturelles, six interventions se situent respectivement à l'égard de la tradition occidentale, des alternatives autochtones et des solutions envisageables.

Les deux premières analyses mettent en évidence la variété des courants spirituels gouvernant la théorie occidentale des droits de l'homme (G. Baum) ou les limites inhérentes à leur usage, comme le montre Howard Berman, avocat de la confédération des six nations iroquoises.

Mais, c'est en se situant vis-à-vis de sa propre tradition que J. Mohawk, un de ces Iroquois, va beaucoup plus loin en critiquant non seulement l'usage mais le monopole de l'Occident. Selon lui "la notion de droits de l'homme est une idée pré-moderne que l'on retrouve dans plusieurs cultures et que l'État moderne occidental s'approprie en la dénaturant, la travestissant et en en faisant même la subversion" (*Interculture* 1984-77). Le canadien Denis Goulet, travaillant au Brésil souligne quant à lui le métissage en cours de toutes les traditions culturelles, en Occident comme dans le Tiers-monde.

Enfin, pour sortir de la contradiction centrale et envisager une universalisation des droits de l'homme qui ne soit pas simple occidentalisation, le japonais Masaji Chiba suggère une voie "scientiste" ou plus exactement "a general theory of human rights" provenant des sciences sociales "to let each particular variation fill the right place in the whole system". Mais il suggère également d'étudier de façon précise "the interactional process of received law and indigenous law" (*Interculture*, 1984-62) et c'est dans ce contexte qu'en étudiant la réception des droits de l'homme en Afrique nous soulignerons la nécessité de porter le débat sur le terrain de l'action politique parce qu'on ne discute pas avec le "diable" et que le pluralisme juridique est non point au bout de nos fusils, comme le craint R. Panikkar, mais à débusquer par nos analyses de nos contradictions culturelles et de nos censures idéologiques.

## SECTION II - LE VÉRITABLE ENJEU, LA LOGIQUE UNITARISTE FONDANT LA MODERNITÉ EN OCCIDENT

On a volontairement évité d'exploiter précédemment la très juste remarque où R. Panikkar mettait en évidence un mécanisme de rationalisation faisant appel à la sacralité du pouvoir et à l'unicité de la solution applicable : "Au nom du Dieu unique, de l'Empire unique". Depuis lors, un retour à l'histoire des idées juridiques et politiques de l'Occident "moderne" a permis de mettre en relation dans la tradition romano-germanique (donc valable principalement en Europe continentale influencée par le catholicisme) des transformations successives qui paraissent relever d'un processus unique que nous appelons "la modernité". Personnellement, nous sommes redevable aux travaux de Pierre Legendre qui reste le principal défricheur du patrimoine d'idées romaines et de concepts du droit canonique médiéval au sein de l'université française. Mais c'est en travaillant sur le transfert du modèle de l'État, du système de la codification et des décalages entre la théorie et la pratique des droits de l'homme en Afrique que, comparativement et comme le suggérait Rousseau (*supra*), ces récurrences nous sont apparues de manière significative.

Dans la leçon précédente, on a déjà indiqué le rôle qu'avaient joué la Réforme et la contre-Réforme. La Réforme avec Calvin a introduit l'individu au cœur du jeu politique. Louis Dumont écrit ainsi que "Luther et Calvin attaquent l'Église catholique avant tout comme institution du salut. Au non

de l'autosuffisance de l'individu-en-relation-à-Dieu, ils mettent fin à la division du travail institué au plan religieux par l'Église. En même temps, ils acceptent, ou du moins Calvin très distinctement accepte, l'unification obtenue par l'Église du côté politique" (Dumont, 1983-67).

Cette unification politique donne naissance, comme le montre Hobbes dans son *Léviathan* (1650), à l'État dans diverses variantes qui doivent toutes, nous l'avons déjà suggéré, aux idées religieuses. Celles-ci soit reprennent, soit contestent, soit surtout adaptent les idées médiévales du souverain vicaire de Dieu, ces idées étant aussi une reprise des représentations byzantines de l'empereur "pantocrator", créateur de tout, à l'égal de Dieu. Dans la variante catholique qui va donner naissance à l'État centralisé et unitaire dont l'avenir sera si riche, le concile de Trente est l'occasion d'une mise à plat doctrinale qui permet, par exemple, de réduire la place du culte des saints et de reconstruire une représentation de Dieu qui soit non seulement immanent et omniscient mais également extérieur et supérieur à sa création. De façon quelque peu cavalière, on a pu ainsi écrire que la contre-Réforme a renvoyé Dieu au paradis pour permettre aux hommes de régler leurs comptes entre eux au nom d'un principe de vérité qui se devait d'être absolu et qui a été constitué successivement par cette nouvelle représentation de Dieu, puis sur ce modèle, par la Raison et, enfin depuis deux siècles, par l'Intérêt général. Cependant, ce modèle n'a pas seulement servi à justifier les fins dernières au nom d'une vérité et d'une sacralité. Il a également servi de "matrice" à une réorganisation de la société "moderne". À l'image de Dieu extérieur et supérieur, Jean Bodin, Hobbes et Colbert créent l'État, son administration et ses structures décisionnelles centralisées selon le principe de la hiérarchie et l'organisation bureaucratique qui font de tout État moderne centralisé une organisation potentiellement totalitaire et occasionnellement fasciste ou nazi.

Parallèlement, Hobbes, Locke et l'école du Droit naturel adaptent l'immanence et l'omniscience divine à l'individu qui devient "personne" puis "personne juridique", support unique des droits et obligations du sujet de droit. Enfin, l'Encyclopédie de 1756, affirme le principe de l'unicité de la volonté tant pour l'individu que pour l'État et unifie de manière satisfaisante ces représentations. En deux siècles s'est ainsi constitué un corpus ordonné d'explications où l'État, la Personne, le Code, le Marché, le Temps et le Territoire se trouvent organisés par un même principe de réduction de la diversité des formes anciennes à l'unité imposée du nouveau modèle. Ce modèle qui est senti par ses contemporains comme "moderne" est d'essence *unitariste*. C'est lui qui est à l'œuvre dans les déclarations des droits de l'homme. C'est sa pertinence qui est en jeu actuellement dans les réflexions relatives à la post-modernité et que nous reprendrons dans la cinquième leçon.

Entre temps, nous allons examiner comment d'autres traditions culturelles ont pensé le problème de la protection des individus face au pouvoir, soit en concevant de façon différente le pouvoir soit en pensant l'être humain non comme une personne mais en symbiose avec la création.

### TROISIÈME LEÇON VARIATIONS ORIENTALES : ORDRE DHARMIQUE, DISCIPLINE CONFUCÉENNE, SHARIA

En introduction à cette leçon, on remarquera combien est rare et délicat l'exercice qui consiste à appliquer l'exigence anthropologique aux expériences des sociétés qui n'ont apparemment en commun que d'être "orientales" par rapport à l'Occident. Les cultures de l'Inde et de la Chine sont différentes entre elles et en leur sein même. Que dire alors des références bigarrées qui s'ajoutent au substrat arabe ou persan dans le Sunnisme ou dans le Chiisme, du Maroc à l'Insulinde.

Pourtant, ces cultures ont, avec des inflexions différentes, pour point commun d'organiser leurs sociétés selon une logique sociétaire qui, entre l'unitarisme de l'Occident et les logiques plurales que nous étudierons dans la quatrième leçon, relèvent d'un principe de dualité.

Poser cette dualité comme un principe commun n'est cependant postuler ni une unité de référents ni une homogénéité d'explications et de représentations. Pourtant, ayant souligné la difficulté, nous ne l'approfondirons pas, nous contentant d'en identifier les implications qui obligent, dans chaque société, à relativiser les substrats juridiques, sociaux ou idéologiques de la conception occidentale des droits de l'homme. Pour ce faire, nous exploiterons en particulier les résultats d'une recherche de l'AIJD, patronnée par l'UNESCO et portant sur "les incidences de l'introduction et de l'extension de l'informatique sur le droit à la vie privée" où nous avons étudié dans le chapitre III (p. 71 à 99) le respect du droit à la vie privée dans une perspective interculturelle.

#### SECTION I - ORDRE DHARMIQUE ET DROITS DE L'HOMME

Sous le titre "une réflexion indienne", R. Panikkar fait lui-même dans son étude pré-citée une savante analyse des quelques ressemblances et des grandes différences qui caractérisent les traditions indiennes et occidentales.

Posant d'entrée de jeu que le qualificatif indien ne se réfère pas à une nation mais à des "conceptions traditionnelles de la réalité qui sont communes à l'hindouisme, au jaïnisme et au bouddhisme", l'auteur cherche non point un équivalent ("homéomorphe") des droits de l'homme mais un référent symbolique qui "peut aider à nous établir sur un terrain commun et ainsi à savoir ce que nous cherchons quand nous nous embarquons dans notre quête des 'droits de l'homme' dans le contexte indien classique" (1984-17).

Pour lui, le dharma est ce principe de cohérence "qui maintient, confère la cohésion et par là, la force à toute chose donnée, à la réalité et, en dernière analyse, aux trois mondes (triloka)... Un monde dans lequel la notion de dharma occupe une place centrale n'a rien à faire de la mise en évidence d'un 'droit' d'un individu contre un autre ou de l'individu vis-à-vis de la société, mais se préoccupe plutôt d'établir le caractère dharmique (juste, vrai, consistant) ou adharmique d'une chose ou d'une action au sein de l'ensemble du complexe théo-anthropocentrique de la réalité" (ibidem).

Cherchant la conjonction des contraires en les hiérarchisant, le dharma "embrasse à la fois le conflit et sa résolution, à la fois le prescrit et le défendu... ce qui maintient ensemble le monde" (1984-17).

En outre, la prise en compte de la vision indienne le conduit à développer six propositions dont on ne développera ici que l'énoncé initial, réservant leurs développements à l'exposé oral.

"1 - Les droits de l'homme ne sont pas seulement des droits de l'homme individuels. L'humanum n'est pas seulement incarné dans l'individu... L'individualité n'est pas une catégorie substantielle, mais une catégorie fonctionnelle...

2 - Les droits de l'homme ne sont pas des droits de l'homme seulement. Ils concernent également la totalité du déploiement cosmique de l'univers...

3 - Les droits de l'homme ne sont pas seulement des droits. Ils sont également des devoirs et les deux aspects sont interdépendants...

4 - Les droits de l'homme ne peuvent être isolés les uns des autres... Ils composent un tout harmonieux... C'est l'harmonie universelle qui compte en définitive...

5 - Les droits de l'homme ne sont pas absolus. Ils sont intrinsèquement relatifs, ils sont des relations entre les entités...

6 - Chacun des deux systèmes (l'occidental et l'hindou) possède sens et cohérence en fonction et à l'intérieur d'un mythe reçu et accepté. Chacun des deux implique un certain genre de consensus. Quand ce consensus est contesté, il faut trouver un nouveau mythe" (1984-18/20).

Comme on peut le constater, si certaines de ces propositions sont acceptées par l'évolution des mentalités occidentales, la plupart nous obligent à réviser notre philosophie spontanée et nos conceptions naïves de l'universalisation des droits de l'homme.

## SECTION II - RITUALISME ET AUTO-DISCIPLINE CONFUCÉENS

Plutôt que "chinois", le système de pensée que nous examinons ici est confucéen. Malgré sa grande ancienneté (Confucius vécut entre 551 et 479 AC), le Kuomintang et le Maoïsme, il continue à influencer, souvent de façon indirecte, le comportement des Chinois contemporains en dehors des intellectuels. Les principaux éléments d'analyse sont empruntés à la remarquable thèse de M. Vandermerch (1975). On y découvre que les rites peuvent être préférés au Droit pour assurer un idéal d'auto-discipline.

- Les rites préférés au Droit.

La place très relative du Droit peut être saisie à partir de la structure duelle du monde, Zhi. En effet, par là, on saisira comment des contraires peuvent se marier sans se confondre ou s'ajouter.

Le Zhi est "l'ordre, comme expression de l'harmonie de toutes les formes rationnelles de la structure de l'être et de toutes les formes rituelles des mouvements." (Vandermerch, 1975-635). C'est dans cette perspective que le ying appelle le yang (que le principe masculin appelle le féminin), comme le bien ne peut être pensé sans le mal, l'esprit sans la matière, le rationnel sans le sensible, le li sans le fa.

Le li est l'ensemble des règles de convenance rituellement gouvernées, le fa, le règne du Droit. Jusque 1912, le li fut à la base de l'action des gouvernants chinois et le fa l'exception. À cela deux raisons :

- Dans un système administratif où le mandarin, comme "le père et la mère du peuple", jouit d'un pouvoir totalement discrétionnaire, seul le rite peut en tempérer l'exercice.

- Le Droit apparaît comme l'expression d'une loi divine, comme un mandat céleste qui s'impose de lui-même et ne demande à être rappelé qu'à ceux qui volontairement (les impies) ou involontairement (les étrangers) l'ignorent. Ainsi le Droit n'est-il appliqué qu'à des marginaux et les rites gouvernent l'essentiel des actions des hommes. À l'origine, ces rites étaient des formes de cultes liés à la divination, où les formes sont devenues progressivement plus importantes que le sens de l'acte accompli. Car le rite est un "moule" où l'action humaine s'inscrit dans une structure formelle, la famille, fournissant le meilleur des moules et étant préférée à l'action contraignante d'un appareil artificiel de gouvernement ou à une fonction sacerdotale.

• L'idéal confucéen est ainsi celui d'un univers qui se gouverne spontanément. À ce principe doit correspondre l'auto-discipline individuelle car il y a identité de l'ordre cosmique et de l'ordre humain. Pour notre analyse, on peut en tirer trois enseignements :

- Aucune loi ne pouvant être imposée de l'extérieur, le procédé de la déclaration générale ne peut être légitime.

- De même, l'idée d'une rédaction de droits et d'une norme positive est considérée comme exceptionnelle et dérogeant à l'ordre transcendant du Zhi, que représente Di, "toute puissance commandant à l'ensemble de la nature et imposant aux hommes sa volonté" (Vandermersh 1975-740). Di est parfois traduit par Dieu, mais n'est qu'approximativement l'équivalent de cette instance extérieure et supérieure de la pensée judéo-chrétienne que nous avons étudiée dans la deuxième leçon.

- En conséquence, l'individu n'étant perçu que comme membre d'un groupe (familial, professionnel, national...) et le Droit étant destiné aux marginaux à rééduquer, la régulation des rapports entre les individus puis la protection des droits des individus contre le pouvoir sont assurées respectivement par l'auto-discipline et par les rites.

Dans un tel modèle, la procédure occidentale de déclaration générale va à l'encontre de l'ordre du monde et de l'harmonie des rapports réciproques naissant de la rencontre des contraires. Les événements de la place de Tien An Men ont douloureusement montré combien les représentations confucéennes des nouveaux mandarins continuaient à justifier le fonctionnement d'un pouvoir étatique total.

### SECTION III - SHARIA ET DROITS DE L'HOMME

Dans le registre anthropologique que nous développons, l'Islam, religion du livre, appartenant à la tradition abrahamique, pourrait apparaître comme la tradition la plus proche de celle de l'Occident. Pourtant, en dépit de continuité historiques, les différences sont nombreuses.

Pour expliquer ces différences, on oppose souvent la laïcité de l'Occident à la sacralité islamique et les fondamentalistes ne s'en privent pas. Pourtant, sans ignorer les réticences des Musulmans, en tant que croyants, à adhérer pleinement à l'idéologie des droits de l'homme, nous ne devons pas oublier que nos conceptions occidentales sont, elles aussi mais secrètement,

nimbées de sacralité. Nous chercherons donc l'explication des réticences ou des refus des Musulmans dans trois directions complémentaires : dans le dédoublement de la conception unitaire du Droit, dans la permanence de représentations communautaires pré-islamiques et dans la crise de la notion d'autorité.

- En première analyse, l'unité paraît caractériser l'organisation sociale et la logique sociétaire fondant la vision qu'ont les Musulmans de la vie en société et du bon pouvoir, celui du prophète et des premiers califes. En effet, Dieu est un comme la communauté islamique (umma) est une. De même, il n'y a qu'un seul prophète, une seule déclaration des cinq piliers de la foi et une seule sharia.

Pourtant, derrière cette affirmation de principe, il y a constamment place pour une application d'une théorie du double, le référent unitaire (et non unitariste comme dans l'Occident moderne) masquant d'autres références dès qu'on ne touche pas à l'unité de Dieu.

Ceci est particulièrement important pour ce qui concerne le droit musulman puisque c'est au nom de la sharia que des Musulmans contestent l'applicabilité et l'universalité des Droits de l'homme en préférant les "droits de Dieu" (huquq al-llah) aux droits d'Adam pris comme figure emblématique des tous les hommes (huquq Adam).

Or, cette sharia relève d'une science, le fiqh, qui comprend elle-même une science des preuves (usul al-fiqh) et les questions théologiques (usul ad-din). Derrière cette distinction (et toutes les différenciations entre les sources du Droit et leur utilisation sélective selon les diverses écoles juridiques) émerge un conflit entre la raison et la foi, entre un humanisme musulman que M. Arkoun a contribué, plus que d'autre, à explorer (Arkoun, 1984 et 1989) et des "traditionnistes" qui usent de la science du hadith et de la pratique de l'isnâd (interprétation remontant au prophète (Koraytem, 1990) dans une perspective sacerdotale, voire cléricale dans la vision chiite.

En effet, c'est ce balancement entre humanisme et théologie qui est au cœur de l'application de la théorie des droits de l'homme. Avec la fermeture de l'ijtihâd (les portes de l'effort) au XII<sup>ème</sup> siècle, c'est la voie théologique qui l'a emporté pour des raisons pratiques. Dans cette perspective, l'idée d'une déclaration extérieure et supérieure de droits immanents apparaît comme une concurrence insensée avec cette autre parole révélée contenue dans la Sharia.

Sans doute les deux discours ne sont-ils pas de même nature mais, pour être compatibles, il faudrait que la déclaration de droits soit perçue par les Musulmans comme un dédoublement de leur propre science du Droit et comme le fruit de leur propre action en s'appuyant sur des procédés connus : ijma ou consensus de la communauté, qiyas ou raisonnement par analogie.

- Mais, à supposer que des opportunités politiques permettent à une Umma de dépasser ses divisions contemporaines, la procédure des droits de l'homme connaît une deuxième limitation en terre d'Islam : le fondement communautaire de l'organisation sociale.

Cette organisation communautaire, maintenant mieux connue avec les travaux de Chelhod sur la société bédouine, sera abordée en relation avec la leçon suivante. C'est le communautarisme qui explique que l'individu ne pouvant être appréhendé hors du groupe et que le groupe ne fonctionnant que

par et pour chaque membre, il est souvent difficile de trouver les équivalents de la notion de personne et les déterminations individualistes (responsabilité personnelle, culpabilité individuelle, autonomie de la volonté). De ce fait, les droits et les devoirs ne coïncident pas avec une division entre le "public" et le "privé" mais s'organisent selon le principe du "dehors" et du "dedans", le premier plutôt masculin, le second plutôt féminin.

• Enfin, une dernière limitation apparaît en relation avec l'expérience de la modernité en Occident ; la crise de la notion d'autorité.

Cette crise était déjà sensible dans la question de la légitimité de tous pouvoir politique, surtout après les cinq premiers califes et l'émergence du chi'isme. Elle a été redoublée par l'introduction dans la société islamique d'institutions d'inspiration occidentales et modernes, reposant sur une conception logique et sacrale différente de la tradition islamique. M. Arkoun sur le plan philosophique et S. Ben Néfissa-Paris, sur le plan des institutions tunisiennes ont montré que tant qu'un effort de réflexion n'aura pas permis de déterminer qui peut parler au nom de qui dans la société islamique contemporaine, la question des droits de l'homme butera sur l'argument de l'illégitimité.

Avec l'examen des traditions indienne, confucéenne et islamique, nous avons reconnu l'existence de systèmes de pensée qui avaient réglé différemment les rapports entre les hommes et ceux des individus au pouvoir, mais où les dispositifs restent assez proches de ceux de l'Occident pour permettre certaines adaptations. Si elle peuvent être parfois tenues pour des trahisons par les Fondamentalistes, elles représentent, pour les Animistes, des obstacles autrement difficiles.

#### QUATRIÈME LEÇON LES RUPTURES DES PENSÉES ANIMISTES

L'Anima, souffle vital, est considéré dans les sociétés africaines ou amérindiennes comme provenant non d'une source extérieure et supérieure mais du mouvement même des éléments qui composent le monde.

Ce mouvement vise à l'interdépendance et à l'équilibre de l'ensemble des facteurs pour assurer l'harmonie de ce que les Amérindiens dénomment la bonne vie.

Mais cette harmonie recherchée est le fruit hasardeux de forces contradictoires, toujours plus nombreuses que ce que l'homme peut maîtriser. Ainsi le désordre est-il à l'origine tant du monde que de ces actes de fondation qui permettent à chaque société de se réajuster, de s'adapter au rythme cyclique des saisons et des activités, comme aux événements inattendus dans le monde visible, mais signe et présence du monde invisible et des forces bénéfiques ou maléfiques qui s'y concurrencent.

Les Aborigènes australiens ont, à cet égard, des explications du "temps du rêve" qui auraient mérité une leçon entière. En effet, durant le temps du rêve, les règnes animal, végétal, minéral et humain ne faisaient qu'un et c'est un cataclysme qui a provoqué une scission entre les Humains, les animaux, les végétaux et les minéraux, scission que les Humains doivent à chaque instant transcender par les vertus du totémisme et des pratiques rituelles.

**SECTION I - EN AFRIQUE NOIRE, UNE LOGIQUE PLURALE FONDE LES CONCEPTIONS DU DROIT ET DE L'ÊTRE HUMAIN. ELLE JUSTIFIE UN PRINCIPE DE DIVISION QUI EXCLUT TOUTE CONCENTRATION DE POUVOIR.**

Des panthéons organisant la hiérarchie des puissances divines aux principes d'organisation de la société, tout est pensé, dans les sociétés africaines, en termes multiples, spécialisés et interdépendants. Et cette interdépendance reposant sur la complémentarité des contraires (et non sur leur opposition comme dans la pensée aristotélicienne), il est postulé que plus une société est divisée plus grandes sont les chances d'une complémentarité des divers registres de la polyphonie sociale. La société y est à l'image des orgues baroques : plus nombreux sont les claviers, plus riche est l'harmonie qui en naîtra.

On saisit, ce faisant, la divergence existant entre cet accent mis sur le principe de division et la volonté d'unité par uniformisation que recherche l'Occident et qui lui fera prendre pour facteurs d'opposition et de désordre le régionalisme, l'ethnicité ou les systèmes d'inégalité qui, auparavant, pouvaient être facteurs d'interdépendance.

- Ce principe de division est pourtant à la base de la conception du Droit. Le Droit ne peut être l'expression d'un État ou d'une autorité supérieure au groupe. Le Droit est l'ensemble des manières de faire propres à ce groupe à un moment donné, selon une façon de penser "justement" sa reproduction. En fait, cette définition est celle de la coutume qui, comme le rite confucéen, est plus une forme intellectuelle ou un moule matriciel qu'un ensemble de règles (ce qu'on appelle droit coutumier et qui est le produit caricaturé de l'intervention coloniale).

Chaque groupe étant appelé à élaborer son propre Droit et chaque coutume devant rester discrète, voire secrète pour ne pas être une arme au profit des ennemis dans la mesure où elle est au fondement des mécanismes identitaires du groupe, il n'y a pas de place pour des normes générales, unitaires et impersonnelles. Tout mécanisme de déclaration générale va donc à l'encontre de l'organisation plurale et de l'interdépendance recherchée entre des groupes différents, donc complémentaires, inégaux mais interdépendants.

- À cette conception plurale du Droit correspond une conception analogue de l'être humain. On développera oralement les conceptions de la "personne", à partir de l'exemple wolof du Sénégal (Le Roy, 1988-40). L'être humain étant le résultat d'un équilibre incertain entre ses dimensions corporelle, énergétique et ancestrale et chaque dimension obéissant à des lois ou à des déterminations propres, il n'y a pas de place pour une construction unitaire analogue à celle de personne juridique.

- Par ailleurs, l'organisation sociale reposant sur le principe communautaire et celui-ci sur l'exigence du partage de mêmes richesses ou de mêmes valeurs, tout individu appartient nécessairement, dès sa naissance, à des groupes distincts : la famille constituée par ses géniteurs, les lignées de ses quatre grands-parents et la classe d'âge que l'on partage avec ses seuls égaux, ceux qui sont nés ou qui ont été initiés la même année. Dès sa conception,

l'individu relève donc d'au moins trois groupes où il trouvera force, réconfort et devoirs particuliers. Ces appartenances se multipliant ensuite au cours de la vie, il est vain de chercher à identifier le groupe qui monopoliserait l'équivalent de notre personnalité juridique (ce qui a posé bien des problèmes aux nouveaux États africains quand il a fallu imposer un système uniforme et unitaire de dénomination individuelle).

- Une dernière application de cette logique plurale se trouve enfin dans la polyarchie.

L'image tenace d'une Afrique vouée aux roitelets et aux dictateurs n'appartient qu'à la très ethnocentrique littérature des voyages ou à des situations très contemporaines. Dans l'un et l'autre cas, la responsabilité de l'Occident est incontestable, tant dans le trafic esclavagiste triangulaire qu'en laissant se maintenir au pouvoir des psychopathes ou des aventuriers (Le Roy, 1982).

Sous réserve d'un changement de nos regards sur l'actualité contemporaine, laissons nous pénétrer par cette idée que le principe de la division du pouvoir, cher à Montesquieu, était déjà à l'œuvre dans les sociétés africaines au moment de leur "découverte" par les navigateurs portugais au milieu du XV<sup>ème</sup> siècle. À la définition de l'auteur de l'esprit des lois "pour qu'on ne puisse abuser du pouvoir, il faut que par la disposition des choses, le pouvoir arrête le pouvoir" (L. XI ch.4) associons la description que donne Michel Alliot des bonnes sociétés, à l'africaine : elles "ne sont pas soumises à un pouvoir mais à des pouvoirs de nature différents... Les bonnes sociétés ne sont pas constituées de groupes semblables, car alors aucun n'est indispensable aux autres" (Alliot, 1982).

Ainsi la diversité des origines, des activités économiques, des fonctions sociales, le degré d'initiation et l'importance des responsabilités sont-elles matière à des distinctions qui autorisent l'émergence de pouvoirs sur la terre, les airs ou l'eau, sur les femmes, les captifs ou les éleveurs, sur les guerriers, les guérisseurs ou les marabouts, sur les jeunes ou les cadets comme sur les épouses ou les conseillers. Chaque position sociale était matière à l'expression d'un pouvoir et chaque pouvoir ouvrait d'abord à des devoirs envers les autres responsables avant de prétendre à des droits et sous le contrôle discret des ancêtres. Il y a là autant de matière à des dispositifs interdisant la concentration ou expliquant l'illégitimité de tout pouvoir trop personnalisé.

"Nous sommes donc aux antipodes du système dans lequel, à l'image d'un Dieu dont tout dépend dans une création continue de chaque instant, les droits des uns et des autres ne leur sont maintenus que par la grâce de celui qui est l'auteur de tous les droits : l'État. Le Droit des communautés n'a pas besoin d'un pouvoir qui veuille le maintenir. Il est la conséquence nécessaire de leur structure" (Alliot, 1980-89).

La colonisation a obligé à adapter cette structure à une version autoritaire du modèle institutionnel occidental puis la période contemporaine a soumis cette structure à des pouvoirs personnels ou dictatoriaux. Des traumatismes considérables en ont résulté impliquant résignation et fatalisme, même si, parallèlement, les Africains ont appris à domestiquer le Léviathan en prenant les États aux pièges de leurs propres discours et en traitant le pouvoir d'État dans leur perception polyarchique de la bonne société. Sans doute y

trouve-t-on une des origines des malaises mais aussi des potentialités mises en œuvre par l'Organisation de l'unité africaine dans sa déclaration des droits de l'homme et des peuples et dont traitera mon collègue et ami Isaac Nguema.

## SECTION II - LES AMÉRINDIENS OU LE REFUS DE L'INSTITUTION

On prendra ici la notion d'institution dans le sens des formes d'organisation propres à la modernité et dont ont été ou se sont exclues les populations amérindiennes depuis cinq siècles. Que ce soit la propriété, l'État, les codes pénaux ou l'organisation judiciaire toutes les conceptions indiennes divergent fondamentalement de celles de leurs envahisseurs. Dans l'esprit de ces Indiens, tout vient et tout retourne au 'grand esprit' et leur idéal est de vivre en symbiose avec la nature. Si, comme le souligne R. Vachon (1979-3), les populations indiennes ont été victimes de l'ethnocentrisme et de l'injustice de leurs colonisateurs, elles ont surtout souffert de l'ignorance abyssale de leurs univers juridique et de l'homo-centrisme de l'Occident : "le centre humain s'est déplacé du tout à la partie, l'homme, oubliant ainsi non seulement que l'homme est une partie du tout mais que la nature et le divin sont des dimensions constitutives de la réalité humaine et donc de l'ordre juridique" (Vachon, 1979-5).

On réservera à l'exposé oral une évocation des conceptions mythologiques amérindiennes pour limiter ici notre propos à illustrer cette distance entre les conceptions indiennes et occidentales de l'institution. Nous prendrons deux exemples qui ont fourni matière à d'amples débats en anthropologie politique en raison du caractère iconoclaste des arguments de Pierre Clastres (1973 et 1980).

Dans sa 'philosophie de la chefferie indienne' Clastres pose le principe que les Indiens ne connaissaient pas de chef et que c'est un effet d'ethnocentrisme que de chercher un équivalent. À cela, N. Rouland se fait l'écho en écrivant : "Il n'existe pas de chefs au sens propre chez les Esquimaux mais tout au plus des leaders. Leur autorité est triplement limitée... Leur enrichissement de ces leaders est constamment réduit. De plus ils ont constamment à faire la preuve de leur prééminence (...) De plus, le leader civil voit toujours son autorité doublée par celle d'un shaman, le leader religieux... (Rouland, 1979-20)

Quant à la guerre, Clastres pensait que c'était un dispositif qui avait préservé les sociétés indiennes de l'État, en assurant l'autonomie de chaque groupe : "l'état de guerre permanent et la guerre effective périodiquement apparaissent comme le principal moyen qu'utilise la société primitive en vue d'empêcher la changement social (...) La société primitive est une société pour la guerre" (Clastres, 1980-203). Des critiques ont été apportées à ces thèses. N. Rouland les résume dans son manuel d'anthropologie juridique (1988-295), montrant que les sociétés occidentales ne sont pas plus à l'abri de ces explications que les Indiens. Par ailleurs, derrière le principe de division que manifeste le recours à la guerre, il y a complémentairement la recherche des alliances et les principes de réciprocité qu'avait analysé C. Lévi Strauss. Dans ces sociétés, outre les cultes animistes et les principes d'organisation dualiste de la société, les manifestations d'alliance, entraînant dons et contre-dons rendent manifeste la complémentarité des groupes et des pouvoirs.

Ainsi, s'il n'est pas possible de considérer que les sociétés amérindiennes avaient prévenu l'apparition de l'État, au moins doit-on reconnaître qu'elles étaient et qu'elles continuent à se vouloir différentes. C'est en effet ce droit à la différence et à l'altérité qui est revendiqué de plus en plus violemment dans les réserves du Canada et des États-Unis.

Ce respect de l'altérité est la suprême difficulté que les Indiens rencontrent, et nous avec eux. Car l'Occident a poussé si loin son culte de l'uniformité qu'il ne peut plus concevoir les "autres" que comme des semblables, justifiant ainsi sa politique d'assimilation scolaire, judiciaire et maintenant sanitaire. En effet, une nouvelle norme "internationale" est en train d'émerger, autorisant les sociétés occidentales à imposer leur manière de vivre, de se guérir, de se comporter, d'aimer ou de se loger ; cette norme a pour nom le devoir d'ingérence. Comment, en Afrique comme en Asie ou en Amérique en est-on arrivé là ? Quelles alternatives peut nous offrir la post-modernité ?

## CINQUIÈME LEÇON LES DROITS DE L'HOMME ET LA POST-MODERNITÉ : LA REDÉCOUVERTE DU PLURALISME JURIDIQUE ET POLITIQUE

Les leçons précédentes nous ont familiarisés avec les grandes différences existant entre la tradition occidentale et d'autres traditions. Elles suggèrent également que la modernité est une voie exceptionnelle par laquelle l'Occident a prétendu déroger à sa propre expérience antérieure et dominer les autres cultures. Pour conclure cette approche de la crise de l'universalisme des droits de l'homme nous allons identifier le dernier avatar de cette tendance à la domination au nom de la modernité, de l'universalisme et de l'humanisme. Cet avatar est le "droit d'ingérence". Il soulève au moins autant de questions qu'il autorise d'espoirs pour ses laudateurs et nous paraît illustrer les impasses dans lesquelles sont entrées les démarches humanitaires inconscientes des déterminations anthropologiques et des enjeux démocratiques que nous tenterons d'élucider dans une dernière section en examinant ce que peut proposer la post-modernité.

### SECTION I - LE DROIT D'INGÉRENCE, MANIFESTATION DES LIMITES INTRINSÈQUES DE LA MODERNITÉ

Dans un article à paraître dans *Interculture*, l'anthropologue B. Hours, étudiant le devoir d'ingérence en matière humanitaire, le considère comme la version actuelle du droit de conquête et met en garde contre le risque de post-colonialisme. À ce risque, B. Kouchner, "secrétaire d'État à l'action humanitaire" dans le gouvernement de M. Rocard, répond en reconnaissant la possibilité de post-colonialisme qu'il "convient de bannir". Mais, pour lui, "une exaction reste une exaction, quel que soit le lieu où elle est perpétrée" (1991-2). Dans cet entretien au journal *Le Monde* du 30 avril 1991, B. Kouchner présente le droit d'ingérence comme le long aboutissement d'un processus marqué par trois phases : reconnaissance du droit de guérir avec la fondation de la Croix-Rouge, devoir d'ingérence comme engagement humanitaire au delà des frontières en vertu d'une morale individuelle et, enfin, depuis quelques années, le droit d'ingérence comme "l'organisation

du Droit d'assistance codifié par les États". Se recommandant de F. Mitterrand pour qui "la non-ingérence s'arrête là où commence la non-assistance" et illustrant son propos par l'intervention en cours au nord de l'Irak au profit des Kurdes, B. Kouchner constate : "Le droit d'ingérence devient une perspective crédible et il n'est plus irréaliste de penser que, demain, 'avec audace et prudence, en se gardant de provoquer le chaos' comme le dit M. Perez de Cuellar, les États pourront être chargés d'une représentation de la conscience universelle" (Ibidem). À lire ces déclarations, l'ingérence est en passe de devenir une nouvelle génération des droits de l'homme dans un contexte de pénétration progressive d'une "éthique et d'une méthode" par le politique : "Comme pour les droits de l'homme, ce n'est pas l'action humanitaire qui est venue à la politique, mais le contraire".

Le malaise qui apparaît à la lecture de ces prises de position ne vient pas de la remise en question de la souveraineté des États ou des évolutions que doit connaître le Droit international qui est encore beaucoup trop un Droit inter-étatique. Il n'est pas non plus dans "les réactions négatives venues des conservateurs" comme le stigmatise B. Kouchner, sauf à considérer qu'il faut dans ces domaines "conserver" un minimum d'esprit critique. Car, comme le remarque le secrétaire d'État, qui fait l'événement et qui justifie l'ingérence sinon les média ? "Le grand ennemi de l'oppression, c'est la photographie, c'est la télévision, et sans les média il n'y a pas de 'grand malheur'. Les journalistes construisent à nos côtés le concept d'ingérence". (Ibidem)

Tout en rendant sensible le caractère totalitaire de l'État moderne et l'obligation d'introduire des contre-pouvoirs à l'échelle des enjeux de société, la doctrine du droit d'ingérence légitime l'intervention d'un quatrième pouvoir, celui des média, sans introduire les modalités de contrôle sans lesquelles il n'y a pas de démocratie.

Nul ne peut oublier les enseignements du "1984" d'A. Kæsler et les manipulations de l'opinion publique par le biais de l'information à l'occasion de tous les conflits, dont celui du Golfe.

Enfin, et peut-être surtout, l'anthropologue s'interroge sur le monopole de la "représentation de la conscience universelle" que prétendent pouvoir exercer les détenteurs de savoirs (médecins, journalistes ou scientifiques) qui assimilent trop facilement leurs savoirs à un pouvoir absolu et s'érigent en garants d'une vérité qui aura aussi tendance à devenir exclusive et absolue, quitte à créer l'événement, comme en Roumanie, à Tsimisoara en 1990.

Ainsi, seule une soumission du droit d'ingérence à une commission réellement internationale et l'élaboration d'un nouvel "état de droit" dans ce domaine sont susceptibles de nous sortir de ces impasses et de nous introduire dans la post-modernité. Elle pourrait le faire d'autant mieux qu'elle appliquerait la belle définition du Droit que donne Pierre Legendre :

Le Droit, c'est l'art de nouer le social, le biologique et l'inconscient pour assurer la reproduction de l'humanité.

## SECTION II - LES OPTIONS DE LA POST-MODERNITÉ

Dans un article stimulant, B. de Sousa Santos décrit les premières orientations de ce que pourrait être un Droit post-moderne. Caractérisé par la fin des monopoles de la légalité, reposant sur un minimalisme juridique qui préfère la ratification à la planification et à la détermination a priori, le Droit

va être décannonisé et trivialisé : "In an age of audio-visual speed and social acceleration these effects are likely to be intensified by the constant and ever stronger pressure to renegotiate agreements or impositions" (1989-119). Par ailleurs, les problèmes de la société contemporaine ne correspondent plus à l'échelle de prise en compte par le Droit étatique de la norme, tantôt parce que les problèmes sont trop publics et trop collectifs (comme pour Tchernobyl) ou trop privés ou trop individuels (comme pour le Sida). "As the ideological claim of legal fetishism becomes more untenable, the alternatives to it will become correspondingly more credible. Such alternatives can be summarized by the concepts of micro-revolutions and neo-ludism" (1989-120). Mais, reconnaît l'auteur, de telles transformations sont de peu d'intérêt et peuvent être même réactionnaires si elles ne sont accompagnées de certaines conditions : rendre les conditions de la compétition plus transparentes, rapprocher ses résultats de la vie quotidienne pour mieux intéresser les citoyens, changer le sens commun dans le domaine juridique, repenser les relations entre la démocratie représentative et la démocratie participative qui émerge à l'échelle locale et au quotidien.

Comme le suggère l'auteur, la post-modernité ne consiste pas à tourner la page de la modernité comme on referme un livre mais à gérer en même temps la pré-modernité, la modernité et les nouveaux enjeux de pouvoirs et de civilisation. Or, dans la mesure où les Occidentaux redécouvrent dans leurs pré-modernités beaucoup de traits des expériences exotiques, en particulier, pour ce qui concerne les sociétés rurales françaises les modèles logiques "africains", on est amené à repenser le futur de nos institutions comme un enrichissement progressif et continu de nos expériences institutionnelles à la lumière des expériences des autres cultures. Ainsi la post-modernité serait-elle l'occasion de fonder l'universalisme des droits de l'homme sur une approche acceptant le métissage de nos modes d'interprétation et reconnaissant finalement les vertus du pluralisme et de l'altérité, dans le domaine juridique et politique.

## RÉFÉRENCES BIBLIOGRAPHIQUES

- ALLIOT Michel, - "Modèles sociétaux ; I les communautés". Bulletin du laboratoire d'anthropologie juridique de Paris, N° 2, 1980, p. 87-93.  
 - "Protection de la personne et structure sociale (Europe et Afrique)", Revue juridique et politique, Indépendance et coopération, 1982.
- ARKOUN Mohamed, - Pour une critique de la raison islamique, Paris, Maisonneuve et Larose, 1984.  
 - "Les origines islamiques des droits de l'homme", Revue des sciences morales et politiques, janvier 1989, p. 25-37.
- ARNAUD André Jean, "Du jeu fini au jeu ouvert. Réflexions additionnelles sur le droit post-moderne". 'Droit et jeu', Droit et société, à paraître 1991, référencé ici dans le manuscrit original.
- ASSOCIATION INTERNATIONALE DES JURISTES DÉMOCRATES, Les incidences de l'introduction et de l'extension de l'informatique sur le droit à la vie privée". Paris, UNESCO, novembre 1987, 150 p. multi-graphié.
- CLASTRES Pierre, - "Philosophie de la chefferie indienne", La société contre l'État, Paris Seuil, 1973.  
 - Recherches d'anthropologie politique, Paris, Seuil, 1980
- DE SOUSA SANTOS Buenaventura, "Toward a Postmodern Understanding of Law", Legal culture and Every Day Life, Onati, I.I.S.I.L., 1989, p. 113-123.
- INTERCULTURE , "Droits de l'homme, concept occidental ? II, répondants", avril-juin 1984, vol. 83, 88 p.
- KANTOROWICZ Ernst, Les deux corps du roi, trad. française, Paris, Gallimard, 1989, 638 p.
- KORAYTEM Tabet, Le discours des droits de l'homme dans le monde arabe contemporain. Paris, INALCO, 1990.
- LEIRIS Michel, "L'ethnographie devant le colonialisme" Cinq études d'ethnologie, le racisme et le tiers monde, Paris Denoël-Gonthier, 1969, 151 p.
- LENOBLE Jacques et OST François, "Prolégomènes à une lecture épistémologique des modèles juridiques". Domination ou partage, développement endogène et transfert des connaissances. Paris, Unesco, 1980, p. 79-91.

- LE ROY Étienne, - "Mythes, violences et pouvoirs, le Sénégal dans la traite négrière" *Politique africaine*, Vol. 7, 1982, p. 52-72.
- "Communautés d'Afrique noire et protection des droits de l'individu face au pouvoir ; problématique, modalités et actualité". *L'individu face au pouvoir*, Recueils de la société Jean Bodin, tome XLVII, Paris, Dessain et Tolra, 1988, p. 37-63.
  - "Der Stand der Rechtsanthropologie in Frankreich : ein projekt für das 21. Jahrhundert". *Zeitschrift für Rechts-Soziologie*, 2/1989, p. 222-235.
- LEVI STRAUSS Claude, "Jean Jacques Rousseau, fondateur des sciences de l'homme", *Anthropologie structurale deux*, Paris Plon, 1973, p. 45-56.
- PANIKKAR R., "La notion des droits de l'homme est-elle un concept occidental ?", *Interculture*, janv. mars 1984, vol. 82, p. 3-27.
- ROULAND Norbert, - "Le droit esquimau face à l'occident", *Revue Monchanin*, vol XII, cahier 65, 1979, p. 17-23.
- *Anthropologie juridique*, Paris, PUF, col. Droit fondamental, 1988, 496 p.
- TOCQUEVILLE A. de, *De la démocratie en Amérique (1835-1840)*. Paris, Gallimard, 1961.
- VACHON Robert, "La justice incomplète des 'civilisés'", *Revue Monchanin*, Vol. 12, cahier 65, 1979, p. 2-8.
- VANDERMERSH L., *Wanddao ou la voie royale*, Paris, Université Paris 7, Thèse de doctorat es Lettres, 1975, 4 volumes.

R.R.J. 1992-1  
Pages 161 à 264

- V -

**MÉTHODOLOGIE ET SOCIOLOGIE  
JURIDIQUES**



# QU'EST-CE QUE LA MÉTHODOLOGIE JURIDIQUE ?

(ESQUISSE DE QUELQUES POINTS DE REPÈRES EN MÉTHODOLOGIE JURIDIQUE AU MAROC) (1)

Par

M'Hamed EL HATIMI

*Professeur à l'Université Mohamed V Rabat - Vice-Président de l'Association Internationale de Méthodologie Juridique - Membre du Conseil Consultatif des Droits de l'Homme du Royaume du Maroc*

Le droit est pour le citoyen l'ultime recours pour se protéger contre l'arbitraire et la force. De ce fait, l'accès à la connaissance du droit a été et demeure quelque chose de capital pour la démocratie et la liberté du citoyen et de l'équilibre de la société où il vit.

Comme il n'y a pas de système généralisé du savoir juridique de masse, les citoyens, qu'ils soient simples usagers du savoir juridique (plaideurs, entrepreneurs, salariés, etc...), qu'ils en fassent profession (avocats, notaires, consultants, magistrats, professeurs) ou qu'ils en soient les acteurs sociaux (fonctionnaires, parlementaires, ministres, législateurs), éprouvent des difficultés quant à la connaissance et à la communication de ce savoir juridique. Que celui-ci soit enfermé dans les écoles de droit ou dans l'ordre savant des facultés ou perdu dans les "boutiques" de droit tels les cabinets d'avocats, de notaires, de magistrats, de consultants, de juristes d'entreprises, etc..., des interrogations restent posées : Par quelles méthodes, peut-on faciliter l'accès au savoir juridique dans l'ordre savant des facultés et au savoir-faire juridique dans l'ordre réel de la communauté des juristes praticiens du droit ?

Dans le langage ordinaire, méthodologie et méthodique proviennent de méthode et être méthodique, c'est être ordonné dans ce que l'on fait c'est-à-dire savoir organiser ses idées, sur quelque problème que ce soit, d'une manière opérante, cohérente et convaincante.

D'une façon générale, les méthodes sont les voies qu'empruntent les hommes lorsqu'ils tentent d'expliquer quelque chose. La méthodologie est l'étude des méthodes, elle élabore des théories sur la façon dont travaillent les chercheurs penchés sur leurs spécialités. Les méthodes sont multiples. La

---

(1) Dans le cadre de l'Association Internationale de Méthodologie juridique, le Professeur Jean-Louis Bergel, président de cette même Association m'a demandé d'exposer l'idée que je me fais de la méthodologie juridique et des modes d'enseignement et de recherche de cette discipline au Maroc.

méthodologie se présente donc comme une science générale. L'épistémologie est encore plus générale que la méthodologie, car elle cherche ce qui fonde, ce qui limite, et en un mot ce qui fait le savoir (2).

En effet, tout juriste sérieux, théoricien ou praticien, sent le besoin impérieux de se frayer un chemin dans la forêt touffue des textes de référence islamiques (3) tels ceux du *Coran* (4) et de la *Sounnah* auxquels s'ajoutent des textes législatifs, des commentaires et des décisions jurisprudentielles. La méthodologie juridique est justement cet outil privilégié qui aide à hiérarchiser tous ces textes, à les coordonner et à les harmoniser. Elle permet aussi à tout juriste de donner un sens historique et logique à ses démarches lorsqu'il élabore et applique le droit ou lorsqu'il interpelle ou interroge la législation, la doctrine ou la jurisprudence.

Elle accompagne et donne également les raisons à ces cheminements juridiques au plan philosophique, anthropologique, sociologique, psychologique, etc... comme elle explique enfin pourquoi le droit emprunte les cheminements sinueux. La méthodologie juridique c'est, étymologiquement parlant, "cette discipline qui tient le discours (logos) qui va avec (méta) le chemin (hodos) : la méthodologie juridique expose le cheminement à suivre pour parvenir au droit" (5).

Ainsi, vouloir définir ce qu'est la méthodologie juridique, c'est se poser, au sujet du cheminement qui mène vers le droit, un certain nombre de questions telles que celles-ci : Les juristes, en général, ont-ils réellement besoin de méthodologie(s) juridique(s) ? Si oui, de quelle(s) méthodologie(s) s'agit-il ? Les futurs juristes, ont-ils besoin de suivre une formation particulière ou plus exactement de s'initier à une méthode juridique fondamentale ? Quel est le contenu de celle-ci ? Quelle place doit-elle occuper dans le champ du savoir juridique ? À quel niveau faut-il l'enseigner ? Par quels procédés pédagogiques faut-il la communiquer aux jeunes générations montantes ? D'autre part, les praticiens du droit, ont-ils, eux aussi, réellement, besoin de maîtriser une méthodologie juridique quand ils appliquent le droit positif ? Si oui, quelle(s) méthodologie(s) juridique(s) applique le législateur lorsqu'il élabore la norme juridique ? Le juge lorsqu'il rend ses sentences ? ou n'importe quel auteur lorsqu'il expose ou commente des questions de droit dans un article ou dans un manuel de droit ?

En somme, la communauté des juristes ne peut qu'accueillir, favorablement, toute recherche faite en méthodologie juridique qui va dans le sens de l'ouverture sur de nouvelles pistes ou de nouveaux horizons surtout lorsque ces pistes ou ces horizons facilitent leur mission qui consiste à veiller à la bonne élaboration, à la bonne application et à la bonne interprétation de la norme juridique.

Dans cet exposé, on ne peut qu'esquisser, très brièvement, et à grands traits, les grandes lignes de la méthodologie juridique et que notre réflexion portera sur les deux axes principaux suivants : l'un touchant à la

(2) Ch. Atias, "Épistémologie juridique", in *Droit Fondamental*, P.U.F., 1985, p. 17.

(3) B. Fillion, "La spécificité du droit musulman", in M. Flory et J.-R. Henry, C.N.R.S., 1989.

(4) Les termes arabes sont soulignés d'un trait.

(5) Xavier Dijon, "Méthodologie juridique", *L'application de la norme*, E. Story Scientia, Bruxelles, 1990, p. 7.

méthodologie juridique fondamentale dans le savoir juridique (I), l'autre à la méthodologie juridique appliquée en droit positif (II) (6)

## I - LA MÉTHODOLOGIE JURIDIQUE FONDAMENTALE

Toute connaissance du droit et de ses méthodes doit commencer par un apprentissage préalable d'un savoir juridique théorique et pratique.

Cette connaissance doit, nécessairement, être complétée par la maîtrise de ce savoir juridique.

Donc, apprendre (A) et maîtriser (B) un savoir juridique sont les deux premiers actes intellectuels de la méthodologie juridique fondamentale.

### A - APPRENDRE LE DROIT ET SES MÉTHODES

Connaître le droit c'est d'abord l'apprendre.

Pour cela, il faut déterminer l'étendue du savoir juridique et de ses méthodes (a) ensuite déterminer la place qu'occupe la méthodologie juridique, au sein, de ce savoir juridique (b).

#### a) Quelle est l'étendue du savoir juridique et ses méthodes ?

On peut schématiser et ramener le champ du savoir juridique et de ses méthodes à un savoir juridique théorique et une autre pratique.

##### 1) *Quel est le contenu du savoir juridique théorique ?*

Ce savoir juridique théorique comprend, entre autres :

En droit islamique :

- La constitution, la production et la transmission d'un savoir juridique islamique orthodoxe (7),
- Le concept de *Chari'ah* (8) (Coran et Sounnah),
- Le concept de *fiqh* (*fiqh* comme droit, le *fiqh* comme référent individuel, le *fiqh* comme référent collectif),
- Les concepts de *fiqh* et *oussol al-fiqh* (9) (fondements du droit) : constitution et valeur des *oussoul al-fiqh*
- Le concept de *tafsir* (interprétation) des versets juridiques.

En droit marocain contemporain :

- Les principes fondamentaux du droit,
- Les principes généraux du droit (notion, définition, sources, portée des principes généraux de droit, de même leur valeur dans l'échelle des normes, leur importance fonctionnelle, leur fonction fondamentale, leur fonction technique, leur importance matérielle, leur diversité, etc ....)

(6) Une bibliographie sommaire a été placée à la fin du texte. Elle m'a servi à nourrir, globalement, mon exposé qui demeure très succinct pour une assez vaste question qu'est la méthodologie juridique. Pour la suite de l'exposé, seul le nom de l'auteur sera indiqué comme référence.

(7) Berque, Essai sur la méthode juridique maghrébine, pp. 7-28.

(8) Le mot arabe de *chari'ah* est un nom dérivé du verbe "chara'â" qui signifie préparer le chemin ou la route. La *chari'ah* signifie aussi façon de vivre ou méthode, c'est-à-dire le chemin de vie islamique d'ordre divin. Voir aussi Chamay, pp. 77-87.

(9) Cf. Khallaf, pp. 11-20.

- Les concepts et catégories juridiques (leur détermination, leur définition substantielle et formelle, leur regroupement, leur utilité et leur qualification, etc ...)
- Les catégories juridiques et méthodes de classifications (leur caractère, leur flexibilité, leur typologie, leur alternance, leur hiérarchie, leur pluralité, leur qualification, leur classification, leur choix, etc... (10).

## 2) *Quel est le contenu du savoir juridique pratique ?*

Le contenu de ce savoir pratique comporte principalement :

- . une initiation à la logique juridique,
- . une acquisition de la technologie juridique,
- . l'initiation aux raisonnements juridiques.

On doit accorder une très grande importance à s'exercer aux raisonnements juridiques et à définir leur rationalité, leur nature et leurs caractères.

En ce qui concerne la structure des raisonnements, on se penchera sur la logique juridique, la typologie des raisonnements, de leur analyse et de leur synthèse, de la logique formelle et dialectique, de l'argumentation juridique, de sa typologie et de son utilisation, de la combinaison de la dialectique et de la logique formelle, etc... (11).

Aujourd'hui, la transmission de tout savoir passe nécessairement par un art très complexe qui est un véritable pouvoir d'enseigner. Dans l'acte d'apprendre le droit quelle est la place que doit occuper la méthodologie juridique fondamentale ?

## **b) L'enseignement de la méthodologie juridique (12)**

À quelle pédagogie juridique doit-on recourir pour transmettre cette méthodologie juridique ? Quels sont les procédés didactiques les plus adéquats pour la communiquer dans les meilleures conditions ? Doit-elle être intégrée à toutes les autres matières juridiques ? Ou doit-elle constituer une matière autonome ? Et dans ce cas, à quel niveau faut-il l'enseigner ?

Sur un plan purement pédagogique, il me semble qu'il est opportun à ce qu'une matière de méthodologie juridique générale instaurée et enseignée, dès le début, en première année de licence des facultés de droit.

Cette matière tracerait les grandes lignes de la méthodologie juridique fondamentale dont aura besoin l'étudiant pour son initiation à l'assimilation et à la recherche en droit (13) et la méthodologie juridique appliquée dont aura besoin l'étudiant, futur juriste, pour son initiation à la pratique et à l'application du droit en tant que praticien du droit ou chercheur en droit.

Quant à la question de savoir à quel niveau, il faut l'enseigner, je proposerai qu'elle prenne rang, à part entière, en première année de licence.

Mais le fait qu'elle soit autonome n'exclut pas à ce qu'elle continue à être, d'une manière importante, enseignée avec les matières d'écrit, comme par le passé, dans le cadre des exercices de travaux pratiques ou dirigés. De même

(10) Bergel, pp. 207-232.

(11) Cf. Bergel, pp. 281-297 ; Cf. également Oriane, pp. 105-123.

(12) Cf. "Droits", n° 4, pp. 109-122 ; aussi Cf. Oriane, pp. 145-158 ; de même Makdisi, pp. 278-292.

(13) M'Hamed El Hatimi, "Méthodes d'assimilation et de recherche en droit", Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1984, notamment pp. 21-183.

qu'elle pourra faire l'objet, accessoirement, de cours magistraux, au même titre, que les autres matières de droit telles celles de la terminologie juridique ou occuper une proportion importante dans le cadre du cours d'introduction aux sciences sociales (14).

## B - MAÎTRISER LE DROIT ET SES MÉTHODES

Maîtriser le droit c'est être capable de choisir un cheminement intellectuel (a) et de formuler des critiques (b).

### a) Choix d'un cheminement intellectuel

Ce cheminement intellectuel consiste dans le choix d'une technologie juridique et dans la recherche d'une logique juridique. Ce cheminement se réalisera par l'insertion de cette technologie dans la logique interne et la logique externe.

#### 1) Maîtrise d'une technologie juridique fiable (15)

Maîtrise en droit islamique, des concepts de *hukm*, principe de classification des actes humains,

Maîtrise des notions d'*al-maslaha al-'amma* (d'intérêt public) notamment les concepts de *masâlih al mursala* fondés sur la base d'*istiislâh* (recherche de l'intérêt général) ; les concepts de *masâlih hâjjiya* (intérêts conjoncturaux) ou les concepts de nécessité (*addaroura*) (16).

Maîtrise des concepts de *rahma* (générosité), de *hikma* (sagesse), de *'adala* (équité), de *haqq* (d'un droit juste).

Maîtrise des concepts de *takâful* (solidarité), de *ta'âwoun* (coopération).

Maîtrise des concepts de pouvoirs en Islam (17).

Maîtrise des concepts clefs de *mujtahid* et d'*ijtihâd* (effort d'interprétation).

Maîtrise de la relation qui existe entre le *fiqh* et le droit positif (18).

La maîtrise d'une technologie marocaine d'inspiration occidentale notamment :

- . Maîtrise des concepts juridiques courants
- . Maîtrise des méthodes de technique juridique
- . Maîtrise des méthodes organisationnelles au niveau des institutions
- . Maîtrise des raisonnements juridiques (construction, déconstruction et reconstruction des raisonnements juridiques ...)
- . Maniement des outils et des instruments au service du droit (le langage juridique, l'informatique juridique, les instruments telles les techniques médiatiques, la légistique juridique, la recherche informatisée, etc..).

(14) Cf. Oriane, p. 190 ; aussi Cf. Bourdieu, pp. 3-19 ; de même, Cf. "Droits", n° 4, pp. 65-73.

(15) Cf. Flory et Henry, pp. 1 et s. ; de même Berque (Essai...), pp. 21-28.

(16) Cf. Ach-Chatibi, p. 9 et Al Hajjoui, p. 102, Cf. également Shakankiri, pp. 9-25.

(17) Al Jabri, La raison politique arabe, pp. 59-135 et pp. 249 à 316.

(18) Cf. Botiveau, pp. 287-298 ; également Berque, Essai..., pp. 63-73.

## 2) *Maîtrise d'une logique* (19)

Comme la méthodologie juridique est un ensemble d'outils et d'instruments dont se sert le juriste, la logique est un de ces outils au service de la méthodologie. La logique juridique interne concerne la théorie générale du droit quant à la logique juridique externe, elle concerne la philosophie du droit, la psychologie juridique, la sociologie juridique, l'anthropologie juridique, etc..., chaque logique fait déclencher des mécanismes méthodologiques propres au modèle interne ou externe du droit.

### b) *Choix d'une arme critique crédible* (20)

La méthodologie juridique fondamentale c'est aussi la possibilité de formuler une ou plusieurs critiques.

La critique fait partie intégrante de la définition du droit. Elle sert à vérifier les hypothèses de départ, à préciser les analyses et à affiner les propositions.

L'itinéraire de tout juriste est d'être un collecteur de documents, un lecteur de décisions et surtout un interprète de ces documents et de ces décisions juridiques.

En effet, grâce à l'heuristique juridique, le juriste doit s'initier à collecter les documents et savoir comment y accéder, comment les exploiter et comment les lire. Grâce aussi à la sémantique juridique, science du sens de la pensée juridique, le juriste devient un lecteur averti des décisions.

Mais en tant qu'interprète de la volonté du législateur, il doit développer un sens très poussé de la critique.

La formulation des critiques sera d'autant plus crédible si le juriste acquiert des outils conceptuels méthodologiques. À titre d'exemple, quand il veut résoudre un problème juridique, la première opération à faire c'est de rechercher la règle de droit applicable à la situation posée. Pour cela, on établit les faits sur le plan matériel et sur le plan juridique. Ensuite on passe à une autre opération : celle de la qualification juridique ; on passe après à l'utilisation de la systémique juridique qui est un système de classement des règles juridiques. Puis on observe si c'est une règle juridique et là, on recourt à la philosophie du droit, aux normes du droit. A-t-on un moyen de validité de la règle de droit ? S'il y a une règle juridique applicable, on passe alors de la logique à l'argumentation. On dégage une conclusion possible : rationnelle ou irrationnelle, logique ou non logique. On définit les facteurs déterminants de l'application de la règle juridique (argumentation pour ou contre la loi, pour ou contre la jurisprudence, pour ou contre la doctrine, etc...).

La méthodologie juridique c'est de suivre avec une mobilité et une agilité d'esprit très critique toutes les embûches de cet itinéraire intellectuel très complexe par lequel passe le juriste.

---

(19) Cf. "Droits", n° 11, p. 42 ; Cf. Bergel, pp. 284-285 ; Voir également Al Jabri, *La structure de la raison arabe*, pp. 4-30.

(20) Cf. Al Jabri, *La formation de la raison arabe*, pp. 220-249 ; Cf. Arkoun, *Pour une critique de la raison islamique*, pp. 7-40, aussi Safadi, pp. 33-84.

La méthodologie juridique, à ce stade, consiste à formuler autant de critiques nécessaires et surtout à donner, chaque fois que de besoin, les raisons de la méthode choisie pour chaque cas et pour chaque démarche (21).

En somme, la méthodologie juridique fondamentale doit tendre à l'invention, à la création, à l'application et à la critique. Qu'en est-il de la méthodologie juridique appliquée ?

## II - LA MÉTHODOLOGIE JURIDIQUE APPLIQUÉE EN DROIT POSITIF

La méthodologie juridique appliquée en droit positif, c'est ce qui recouvre, la totalité de l'activité juridique de la communauté des juristes et des méthodes qu'ils utilisent. Cette activité juridique englobe les chemins que suit le législateur quand il élabore la règle de droit, c'est aussi le chemin que l'administrateur juriste suit quand il établit un rapport, c'est également les voies qu'emprunte le juge quand il prend une décision, c'est enfin le parcours intellectuel que franchit un notaire pour rédiger un acte ou le cheminement que poursuit un auteur quand il commente, interprète ou expose, dans un article ou un livre, une question juridique.

C'est, en somme, ce qui permet de parvenir, selon des méthodes diverses à la bonne élaboration et à la bonne application de la norme juridique.

La méthodologie juridique appliquée permet donc le passage de la théorie à la pratique. Elle permet de faire coïncider le droit à la réalité et de faire coïncider le texte juridique au contexte social.

En dernière analyse, on est en droit de se poser les questions suivantes : Quelle(s) méthodologie(s) juridique(s) applique(nt) le(s) praticien(s) du droit (A) ? et Quels sont leurs cheminements méthodologiques (B) ?

### A - LA MÉTHODOLOGIE JURIDIQUE APPLIQUÉE PAR LES PRATICIENS DU DROIT

L'immense diversité des tâches juridiques peut être regroupée autour de l'élaboration de la norme juridique (a), de la décision juridique (b) et de l'exposé d'une question juridique (c).

#### a) L'élaboration de la norme juridique

L'élaboration de la norme juridique selon la *chari'ah* est le fait de Dieu. Cette manière de faire n'est le fait de l'homme que dans des cas non prévus par le législateur divin. Pour ce qui est de l'élaboration des normes, au sens humain du terme, la *chari'ah* et le *fiqh* islamiques, connaîtront, après plusieurs transformations, réformes et mutations du droit, d'autres issues. En effet, plusieurs initiatives, à la suite des tensions sociales, de codifications, de nouvelles visions de présentation et de transmission du savoir juridique-islamique conduiront à un nouveau statut et de nouvelles fonctions législatives notamment en matière d'élaboration des normes juridiques. Cette technique

(21) Cf Arkoun, *Lecture du Coran*, pp. V-XXXIII ; aussi Safadi, pp. 10-14 ; également Atias, *Théorie contre arbitraire*, pp. 14-17 et pp. 87-94 ; également Dijon, pp. 151-165.

d'élaboration tend à se rapprocher matériellement des techniques d'élaboration en usage en Occident (22).

L'art du légiste consiste à élaborer des règles juridiques. La fonction essentielle du législateur est de "rédiger des règles elles-mêmes. Elle est aussi affaire de méthode et de savoir-faire" (23).

Le législateur a pour tâche d'énoncer des règles indispensables aux problèmes concrets et réels qui se posent aux individus et à la société. En effet, il est amené à prévoir des règles juridiques susceptibles de résoudre des questions juridiques relatives à la famille, au commerce, au transport, aux maladies, au sport, etc...

Il doit analyser cette réalité et essayer d'exercer sur elle, par la force de la loi, une certaine influence pour l'orienter, la corriger ou l'améliorer.

Il doit concevoir et imaginer des "montages" sous forme de dispositions générales et abstraites qui, en les interprétant, soulèveront le moins de conflits possibles et seront d'application, faciles.

À ce stade, il n'y a pas de méthodologie autre que fruit d'une longue expérience dans le domaine de l'application du droit. Cette méthodologie ne s'acquiert qu'au prix d'une pratique d'élaboration des règles de droit grâce à la légistique formelle et à la légistique matérielle (24).

## b) L'application de la norme juridique

Pour l'administration de la justice en Islam, le *qâdi* étant le personnage central autour duquel pivotent les *'adoul*, témoins professionnels et les *muhtassib*, juges des marchés, demeure, en principe, le juge de droit commun. Après plusieurs réformes, le *fiqh* est enseigné, en comparaison, avec le droit positif et les fondements du *fiqh* (*oussoul al-fiqh*) en comparaison avec les fondements du droit positif. Après aussi un mouvement d'étatisation (25) de la *chari'ah* et du *fiqh*, on aboutit à une législation moderne obtenue au prix d'un *ijtihâd* (26) très large et de techniques de *talfiq* empruntées à d'autres écoles juridiques islamiques ou à des états occidentaux contemporains. En effet, plusieurs praticiens du droit, dans ces pays, ont eu pour fonction d'appliquer la norme juridique.

Il s'agit essentiellement des magistrats, des avocats, des notaires. Mais le magistrat qui prend diverses décisions reste le personnage le plus représentatif parmi ceux qui appliquent les normes juridiques. Comment s'y prend-il et quelle(s) méthodologie(s) emprunte-t-il (27) ?

Le juge, dans sa méthode de mise en œuvre de la norme juridique, recourt nécessairement à des opérations intellectuelles d'analyse, de définition du concret qui lui est posé (28). Ensuite, il passe à une opération capitale qui n'est autre que celle de la qualification juridique du fait établi ; ce n'est qu'après cela qu'il est aisé pour lui d'appliquer la règle juridique au litige posé.

(22) Cf. Safadi, pp. 322-333.

(23) Cf. Oriane, p. 41 ; Cf. aussi Marnière, pp. 27-33.

(24) Paul Delnoy, "Pour une nouvelle génération de légistes", *Journal des tribunaux*, 1979, pp. 653 et s.

(25) Cf. Henry, pp. 172-177.

(26) Cf. Berque, *Essai sur la méthode juridique maghrébine*, pp. 79-85 ; Cf. aussi Botiveau, pp. 61-63.

(27) Cf. "Droits", n° 9, pp. 3-20 ; Cf. aussi Dijon, p. 31.

(28) Cf. Oriane, p. 84.

Mais auparavant, il est tenu de recourir à l'interprétation de la loi par l'exégèse, d'utiliser les travaux préparatoires pour se référer à l'esprit de la loi (29).

### c) L'exposé d'une question juridique

Quelle(s) méthode(s) utilise le professeur de droit quand il expose ? Comment procède-t-il, dans son discours, sous forme orale de conférence ou de leçon magistrale ? ou sous forme écrite : polycopié, article ou manuel ?

Le professeur, par l'autorité qu'il détient, produit un discours juridique incontestable. Par ses interrogations et la problématique qu'il soulève, il ne fait que poser des problèmes auxquels il confronte des opinions diverses (30).

Le fait de considérer la connaissance juridique comme problématique pose un autre problème tout à fait étranger à la vision que l'on se fait de la fonction pratique du droit, celle-ci étant de résoudre les problèmes. Même pour résoudre les problèmes on ne peut se prononcer d'une manière définitive, on est obligé de raisonner et de discuter les différentes opinions. De ce fait, on ne fait pas uniquement appel aux règles et aux principes du droit mais on recourt aussi aux trésors d'autres disciplines (31).

Le professeur, en se référant souvent à un modèle d'activité juridique dans son exposé oral ou écrit, transmet une information juridique précieuse mais cette information reste insuffisante : on ne peut l'appliquer au raisonnement juridique et elle seule, ne peut conduire à donner la solution adéquate aux problèmes du droit qui nous préoccupent.

D'autres méthodes tels les séminaires ou les groupes de discussions peuvent mieux atteindre de telles fins.

Le cours magistral n'est pas un simple exposé des contenus du droit positif mais doit être le lieu de l'intérêt et de la pertinence de la réflexion fondamentale et critique.

Le professeur, à travers des méthodes de constat des faits et de leur interprétation, doit initier l'étudiant à des méthodes de penser (32). Il doit contribuer à la formation de l'esprit ou doit lui apprendre à faire l'enchaînement logique de l'ensemble, à relier la partie au tout, à raisonner, à argumenter et à discuter.

Le cours magistral doit être le lieu d'informations juridiques mais aussi le lieu privilégié de la formation de l'esprit de l'étudiant.

En quoi consiste la méthode du professeur ? Lorsque celui-ci utilise une documentation (textes relatant des cas d'application du droit à des cas concrets), celle-ci doit lui servir de support et lui permet de fonctionner comme un guide vers la réalité problématique du droit et l'apprentissage de la propre méthode de l'étudiant confronté à la réalité multiforme.

La capacité de compréhension, d'analyse et de réflexion sera un des moyens d'acquérir ce savoir-faire (33).

(29) Marinière E.S. de la, "Éléments de méthodologie juridique", Librairie du Journal des Notaires et des Avocats, Paris, 1976, p. 208.

(30) Cf. Oriane, pp. 71-76.

(31) Cf. Bourdieu, pp. 3-19 ; aussi Arkoun, Pour une critique de la raison islamique, pp. 12-38.

(32) ou à des modes de pensée.

(33) Cf. Oriane, pp. 155-158.

Dans certains cas, une autre méthode peut être suivie : la documentation notamment la jurisprudence peut servir de champ à explorer plutôt que d'un contenu à assimiler : En effet, l'auto-apprentissage est non un système d'éducation juridique mais un système d'étude juridique et dans ce cas la matière n'est pas donnée par le professeur mais c'est l'étudiant qui se l'approprie lui-même avec l'aide et sous la direction du professeur.

Études de cas, cours où l'on apprend à rédiger des actes juridiques ou à identifier les techniques pour résoudre certains types de litiges, formation pratique sur des cas réels, des procès, des stages pratiques ou exercices de simulation constituant soit un savoir dogmatique clos et précis soit un lieu des connaissances où le droit est à découvrir et à explorer (34).

Mais par quelles démarches peut-on parvenir à mettre en œuvre toutes ces méthodes ?

## **B - LES CHEMINEMENTS MÉTHODOLOGIQUES DES PRATICIENS DU DROIT**

Les praticiens du droit ont des tâches juridiques multiples (a) et donc des itinéraires méthodologiques multiples (b)

### **a) Des tâches juridiques multiples**

Parmi ces tâches juridiques, on peut citer celles du législateur, de l'administrateur, du magistrat, du rédacteur d'actes, du notaire, du consultant, de l'avocat, du juriste doctrinaire, du juriste qui interprète et commente, du juriste qui expose, auteur ou professeur.

Comme il a été dit plus haut, l'essentiel de leurs tâches est d'élaborer la norme, de l'appliquer, de l'exposer, de l'interpréter, etc... ; les tâches juridiques à effectuer étant innombrables, diverses et multiples, quels itinéraires méthodologiques faut-il poursuivre pour les atteindre dans leurs objectifs ?

### **b) Des itinéraires méthodologiques multiples**

Les chemins sont plusieurs. En effet, les praticiens du droit sont amenés :

1) à dire les chemins qu'ils poursuivent quand ils visent à élaborer la norme juridique, à appliquer la décision juridique ou à exposer un discours juridique sous forme orale ou écrite.

2) à fixer la nature du chemin en fonction des perspectives qu'ils poursuivent et sont par conséquent obligés de se référer aux méthodes de l'histoire du droit, à celles du droit comparé ou à celles de la pédagogie juridique, etc...

3) à suivre le cheminement interne propre au droit et s'interroger, du dedans, en se référant à la logique juridique ou à la théorie juridique ou bien suivre le cheminement externe au droit et procéder, du dehors, et se référer à la psychologie juridique, à la sociologie juridique, à l'anthropologie juridique, etc... (35).

(34) Parlant du *fiqh*, Jacques Berque, *Essai...*, p. 13, rapporte ceci : "Le droit ne consiste pas en quelque chose de déterminé", *al-haqqu laysa bi cha'in mu'ayyanin*.

(35) "Droits, n° 10, pp. 77-79.

4) à se poser la question et savoir où vont aboutir ces chemins et de ce fait se référer à la philosophie du droit pour connaître les finalités réelles des cheminements méthodologiques choisies.

Cheminements sinueux et multiples doivent rester, par leur pluralisme, des méthodes souples, flexibles et éternellement ouvertes. La méthodologie juridique ne doit pas être trop formalisée, elle gagnerait à rester ouverte c'est-à-dire à respecter la diversité des chemins constatée dans la méthodologie juridique appliquée sans les réduire à une unité formelle sans consistance.

**En conclusion**, la méthodologie juridique fondamentale ou appliquée montre que tout acte de lire le droit, de le dire ou de l'écrire est un acte qui relève certainement du droit, mais qui demeure fondamentalement, un acte de liberté.

À un tel exposé, très schématique, manque, nécessairement, toutes les nuances qu'une vision exhaustive devrait comporter.

## BIBLIOGRAPHIE SOMMAIRE

### a) En langue arabe

ACH-CHATIBI (Ibn Ishaq), "Al Mouwafakat" (les conciliations) dont les quinze introductions constituent de véritables exposés de méthodologie juridique, ed. Dar Al Maârif, Le Caire.

AL HAJJOUÏ (M.), "El Fikr as-sami fitarikh al fiqh al islami", 1396 de l'Hégire correspondant à 1976 environ (1ère édition vers 1928).

- AL JABRI (Mohamed Abed),

- "Takwin al 'aql al-Arabi" (La formation de la raison arabe), Al-markaz at-takafi al-arabi, Casablanca, 1984.

- "Buniat al -'alq al-Arabi"(La structure de la raison arabe), Al-markaz at-takafi al-arabi, Casablanca, 1986.

- "Al'aql assiyassi al-Arabi" (La raison politique arabe), Al-markaz at-takafi al-arabi, Casablanca, 1989.

SAFADI (Mouta<sup>a</sup>), "Nakd al'aql al Gharbi : Al hadatha ma bâda al Hadatha", (Critique de la raison occidentale : la post-modernité), markaz al-inmâ al-kawmi, Liban, 1990.

KHALLAF (Abdel al-Wahhab), "'Ilm oussoul al-fiqh", (Science des fondements du fiqh, Koweït, Dâr al-qalam, 14e éd. 1981.

### b) Pour le droit islamique et ses méthodes en langue française

ARKOUN (Mohamed),

- "Lectures du Coran", Maisonneuve et Larose, Paris, 1982.

- "Pour une critique de la raison islamique", Maisonneuve et Larose, Paris, 1984.

BERQUE (Jacques), "Essai sur la méthode juridique maghrébine", Rabat, M. Leforestier, 1944.

BERQUE (Jacques) - CHARNAY (Jean-Paul) et al., "Normes et valeurs dans l'Islam contemporain", Paris, Payot, 1966.

BOTIVEAU (Bernard), "Shari'a islamique et droit positif dans le Moyen-Orient contemporain Égypte et Syrie", Thèse soutenue à Aix-en-Provence, février 1989.

CHARNAY (Jean-Paul), "Dialectique entre droit musulman et juridisme industriel", Studia Islamica, XXXII, 77-87, 1970.

FILLION (Bernard), "La spécificité du droit musulman", in FLORY (M.) et HENRY (J.-R.), 1989, C.N.R.S. (L'enseignement du droit musulman).

FLORY (Maurice) et HENRI (Jean-Robert), "L'enseignement du droit musulman" Paris, Ed. C.N.R.S., 1989.

HENRY (Jean-Robert), ouvrage collectif "Droit et environnement social au Maghreb", C.N.R.S., 1989, pp. 173-177.

MAKDISI (John), "Une approche comparative de l'enseignement du droit musulman", Bulletin du C.E.D.E.J. (12) pp. 51-64, 1981.

SHAKANKIRI Mohamed (Al), "Sacralité, pouvoir et droit dans l'histoire juridique de l'Islam", Le Caire, Bulletin du C.E.D.E.J., (12), pp. 9-25, 1981.

### c) Pour le droit et ses méthodes

ATIAS (Christian),

- "Épistémologie juridique", in Droit fondamental, P.U.F., 1985.

- "Théorie contre arbitraire", Les voies du droit, P.U.F., 1987.

BERGEL (Jean-Louis), "Théorie générale du droit", in Méthodes du droit, Dalloz, 1985.

BOURDIEU (Pierre), "La force du droit", Actes de la recherche en sciences sociales, (64), 3-19, 1986.

DELNOY (Paul), "Pour une nouvelle génération de légistes", Journal des Tribunaux, 1979.

DIJON (Xavier), "Méthodologie juridique, l'application de la norme", À la rencontre du droit, E. Story-Scientia, 1990.

EL HATIMI (M'Hamed), "Méthodes d'assimilation et de recherche en droit", Revue de la Recherche Juridique, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1984.

MARNIÈRE (E.S. de la), "Éléments de méthodologie juridique", Librairie du Journal des Notaires et des Avocats, 1976.

ORIANNE (Paul), "Apprendre le droit : éléments pour une pédagogie juridique", Labor, Bruxelles, 1990.

Des numéros de "Droits", Revue française de théorie juridique notamment :

le n° 4 - Crises dans le droit

le n° 9 - La fonction de juger

le n° 10 - Définir le droit, I

le n° 11 - Définir le droit, II



# **AUTO-SIGNAUX, LA NORME BALADEUSE : AVERTISSEURS OPTICO-ACOUSTIQUES ET PLAQUES D'IMMATRICULATION**

Par

Anne ENSMINGER

*Chargée de Recherche au C.N.R.S.*

*Laboratoire de Sociologie juridique - Université Panthéon-Assas, Paris*

"Cette société rassemblée par le commun  
usage d'une bande de roulement".  
André Pieyre de Mandiargues  
*La Motocycliste*

## **1. SONS ET LUMIÈRES**

### **1.1. Sécurité anaphorique**

1.1.1. Cornes circonscrites et ceinture de feux

1.1.2. Du cahier des charges au carnet de commandes

### **1.2. Libertés sémaphoriques**

1.2.1. Habit(us) de lumière et petites sirènes

1.2.2. Un morse grevé d'hypothèses

### **1.3. Conclusion : Le percevant perçu**

## **2. CHIFFRES ET LETTRES**

### **2.1. Techniques d'identification**

2.1.1. Nombres portés

2.1.2. "Unde ?" et "quamdudum ?"

### **2.2. Marqueurs d'identité**

2.2.1. Plaques à la carte

2.2.2. Inscriptions de privilèges ou arithmosophie personnelle ?

### **2.3. Conclusion : Le biblio-mobile**

## INTRODUCTION

Il ne fallait pas moins qu'un artiste en mouvance pour afficher le maître-mot : circulation ? plutôt "trafic" (1). Ne s'agit-il pas d'un commerce de signes qui, au besoin, sont trafiqués ? Un va-et-vient crucial, car il s'agit de rouler Droit. La normativité sature, à l'évidence, les bas-côtés des voies, piquetés de panneaux ou de feux, tout comme les chaussées, marquetées de flèches et de lignes. Autant de paisibles factions et, pour l'observateur, la basse continue. Cependant, les mobiles obligent à un déchiffrement autrement compliqué, sur une partition de co-occurrences flottantes. Motorisé ou non, tout véhicule, ici, impose son bougé, escorté d'intermittences sémaphoriques. Bruits, lumières, couleurs, fédèrent la diversité mécanique ; sur un seul engin se condense une affluence de messages - hétérogènes et, malgré tout, amalgamés. C'est que, dans le flux ordinaire, notre conscience percevante n'apparaît jamais d'un seul coup, ni dans la pleine lumière de son épanouissement. Elle s'éparpille, au contraire, selon les temps, les lieux, les groupes, les individus ; elle délimite des tâches, des plages ou des points. Tous impatients d'inscrire, et avides de décoder, nous ne traduisons ni ne colonisons pareillement les signes. Giono le disait bien : nous ne lisons pas le monde tel quel, mais tel que chacun des vivants le laisse après s'y être ajouté, ce qui ne le simplifie pas (2).

Voilà pourquoi l'associationnisme que produit la trivialité ne dispense pas d'une scrupuleuse attention aux recoupements inopinés. Confrontée à la juxtaposition, à la superposition, et aux mutations diachroniques, la sémiologie ne se construira dans le plein du signe que si elle en accepte les fluctuations, les contrastes et les tremblés. Avec la masse du divers, réorganisée en "data" idiopathiquement irréguliers, nous sommes confrontés sans trêve à la double face du signe : trivial, parce qu'il ménage des carrefours, jette des passerelles ; réticulaire, parce qu'il conditionne la visée, l'astreint à des coïncidences irremplaçables, l'engage à d'implacables indexations.

Quoi de commun entre sons et lumières, chiffres et lettres, pris deux à deux ou tous ensemble ? Au moins ce croisement empirique sur le même support, ainsi pourvu du nécessaire pour signifier grâce à un quadruple canal. Ceci encore : une voix aux chapitres du Code de la Route, ce qui veut dire une même aptitude à extérioriser des scrupules de Droit, à se faire sur le terrain envoyés plénipotentiaires des textes. Troisième et dernier trait valant rapprochement : la faculté de stimuler une libre création coutumière, la prolifération d'usages à très proprement parler délirants. On verra que la nappe du sens est parfois pliée de travers, que ses pans ne se recouvrent pas bord à bord ; et même, que l'hyper-réglementation favorise les embardées du juridisme subjectif. Quels échangeurs, alors, pour tous ces dévoiements ?

---

(1) Jacques Tati, *Trafic* (1971).

(2) Giono, *Voyage en Italie* (Gallimard, Folio, 1982, p. 57) : "Je me suis efforcé de décrire le monde non pas comme il est mais comme il est quand je m'y ajoute, ce qui, évidemment, ne le simplifie pas".

## 1. SONS ET LUMIÈRES

Les signes sonores et lumineux ont ceci de spécifique, que leur portée physique entrelace leur portée intellectuelle. En eux le signifié, sans bien sûr être découplé du signifiant, peut paraître évoluer plus ou moins loin de lui : entrelacer, c'est circonscrire avec une linéarité variable et capricieuse. L'avertisseur acoustique ou optique est tributaire, matériellement parlant, de trop de paramètres, soit difficiles à réglementer - timbres, rythmes, nuances-, soit imprévisibles - masques-, pour que son impact intuitif puisse être rapporté à celui, beaucoup plus régulier, d'un pictogramme. Autour d'un panneau, d'un feu tricolore, on élague les arbres, on rase les fossés, on prohibe le stationnement. Il est impensable de faire largement le vide autour des voitures, autant que de ramener tous les avertisseurs et toutes les lumières à un modèle unique.

Du fait que les véhicules circulent, et qu'ils ne s'arrêtent pas sur le bord de la route pour émettre leur signal, il n'y a jamais d'aire de signalisation positivement spécifique - négativement, oui, par interdiction à tel ou tel endroit- et la mobilité engendre ici une précarité relative. L'idéal serait certes de pouvoir conférer la portée convenable à un signal convenablement porté. C'est un point de vue de législateur que la pratique dément en permanence. Parce qu'il est fragilisé du fait de son errance, le signe optique ou acoustique cherche un surcroît de puissance, voire de brutalité, susceptible de pallier un tel inconvénient ; parce qu'il est ballotté, on tend à lui donner, en guise de compensation, l'allure d'un missile : il éclate, il trouble - explosante ambulatoire. La crainte du défaut provoque les excès, la peur de l'insignifiance fabrique la nuisance. On peut trouver là une des raisons qui font que la nature pourtant juridique de ces signes est diluée sous la pression brute du fait : le ton juste, l'équilibre, la bonne portée sont malaisés à obtenir, d'où la tentation de la fantaisie et, derrière elle, celle de l'a-juridisme voire de l'anti-juridisme infractionnels qui recouvrent, sans l'annuler, la juridicité originelle, irréfragable. Souvent, les signes intermittents, qui semblent pécher par l'absence qu'ils abritent en période de repos, produisent d'étonnantes surépaisseurs. Ils rattrapent le temps perdu, jusqu'à excéder leurs possibilités significatives. Le son, la lumière sémiophores marginalisent ainsi un acte né pour la norme. Autant que pour les diverses longueurs d'ondes du spectre visible, il conviendrait de parler ici d'une dispersion anormale : un ordre dispersé n'est pas un désordre, c'est un désajustement. Mais alors qu'une dispersion anormale peut être considérablement réduite par les voies technologiques de l'apochromatisme, la divergence signifiante n'est balisée que par les seuls us et coutumes, par l'expérience, ce plissement de paupières qui combat d'instinct l'éblouissement.

### 1.1. SÉCURITÉ ANAPHORIQUE

Parce que le véhicule en marche fait se croiser trajet et trajectoire, nulle part plus que sur la route n'est requis l'alignement constant du visible sur le prévisible. La circulation entremêle les fils d'anticipations palpantes, compose les feuillets fugaces de la sécurité. Sons et lumières, forts de leurs vertus proleptiques, s'imposent comme les meilleurs instruments de calcul,

quand il s'agit de perpétuels problèmes d'intervalles (3). La prescription ici ne manque pas de force, car le signal protège également émetteur et destinataire : comme le risque est partagé, l'altruisme devient une manière de faire le gros dos aux dangers, dans un hérissément sono- et photo-phore. Forcé de se garder à droite comme à gauche, à l'arrière aussi bien qu'à l'avant, le conducteur éprouve bien souvent l'embarras avant de le causer. Il n'est que de penser à l'appivoisement si difficile de la nuit, ou à l'immense peur d'être surpris dont le Droit s'évertue à modérer les manifestations. Automobile est un mot presque gênant ici, tant il a l'air de faire bon marché de ces corps conducteurs qui seuls décident des signaux. À strictement parler, la voiture est un dirigeable, susceptible de dilatations modulées que procurent les divers porte-voix et amplificateurs de gestes incorporés aux tôles (4).

Il y a beau temps que le Code routier instaure et régleme les moyens d'engager ces dialogues de signes qui déjoueront la mort. On verra, toutefois, qu'il en est de ses directives à peu près comme des didascalies destinées à régir l'emploi des objets-signes au théâtre : en dépit de leur minutie, elles ne sont jamais plus qu'un canevas pragmatique, et laissent aux deux grandes instances médiatrices - mise en scène et jeu des acteurs- la marge d'interprétation qui donne, à point nommé, des sens nouveaux à la fable du groupe. Si l'on admet que l'automobiliste accède à un "rôle" au sens de la *Commedia dell'Arte* -c'est-à-dire une fonction structurellement assez codée pour supporter une copieuse élasticité d'improvisation-, on accordera au constructeur/équipementier le statut du metteur en scène. La fabrication d'un décor, fût-il technologique, l'intégration d'éléments imposés à une symbolique socialement codée, pèsent sur le jeu des acteurs sociaux, et en amorcent la dérive, loin des redondances d'une simple thématique sécuritaire. C'est bien pourquoi, autant que la teneur des échanges, la configuration des masques dans lesquels résonnent les paroles du Droit mérite l'attention.

### 1.1.1. Cornes circonscrites et ceinture de feux

En moins d'un siècle, l'"automobile" aura changé de genre (5) aussi bien que de nombre, et l'épaisseur croissante du Code de la Route traduit à sa

(3) Longtemps implicite, la prescription d'"une distance de sécurité" entre deux véhicules fait désormais l'objet de R.8-1, premier alinéa (décret du 30 juin 1972).

(4) On comprendra ici le terme de "voiture" au sens très général de "moyen de transport", puisque l'assujettissement à une signalisation sonore et lumineuse est loin de concerner la seule automobile. Toutefois, dans la mesure où la catégorie locomotrice la plus commune constitue une référence coutumière dominante, l'étude privilégiée, pour les plaques minéralogiques comme pour les avertisseurs, l'exemple de la "voiture de tourisme", officiellement devenue "voiture particulière" depuis décembre 1942 (in J. Borgé et N. Viasnoff, *Les véhicules de l'Occupation*, Paris, Balland, 1975, 191 p. ; p. 28).

(5) L'adjectif substantivé a successivement reflété le genre des deux noms communs qu'il s'est trouvé déterminer : "véhicule" puis "voiture". Mais la date exacte du passage n'est pas aussi simple à établir que l'affirment P. Couvrat et M. Massé (*Circulation routière : infractions et sanctions*, Paris, Sirey, 1989, 395 p. ; p. 27, note 65 : "le décret de 1919 (art. I et 2) comme les textes précédents (art. 8 et 11 du D. de 1899) citait l'automobile au masculin, alors que le D. du 27 mai 1921 consacre un "changement de sexe" : la chose sera dorénavant visée au féminin"). À s'en tenir aux textes du *Journal Officiel*, le masculin subsiste non seulement dans le D. de 1921 (article 30), mais jusque dans celui du 18 décembre 1937 : on s'en convaincra en consultant la rédaction de l'article 24, pourtant remanié par les décrets du 31 décembre 1922, du 12 avril 1927, du 5 octobre 1929, et du 19 janvier 1935. Avec le décret du 20 août 1939, et pour ce même article 24, aux alinéas 9, 10 et 11, la

manière un essor chiffré par les constructeurs. Comme la conjoncture industrielle a dominé ici quasi absolument, on ne s'étonnera pas de ce que l'histoire des exigences légales en matière de signalisation sonore et lumineuse s'articule conformément à la périodisation large traditionnellement dégagée par les historiens des techniques et adoptée par ceux du design (6). Des deux conflits mondiaux, le corpus juridique est sorti tout couturé de cicatrices ; puis les chocs pétroliers des années 1970 ont déterminé des orientations technologiques décisives. La civilisation de "la voiture sans chevaux" déroule donc à son tour le vieux schéma mythologique des quatre âges ; mais où est l'âge d'or, où est l'âge de fer ? La loi tord au rouet un dilemme éternel : sécurité et liberté.

La première génération automobile dépend encore étroitement du modèle réglementaire hippomobile ; toutefois, les prodromes de la fabrication en série (7), un pressentiment du Code de la Route (8), et les embryons d'une signalisation autonome sont perceptibles dans le décret du 10 mars 1899, aux termes duquel l'automobile est consacrée par la réglementation nationale (9). Le couplage des signaux optiques et acoustiques s'y trouve déjà imposé (10), bien que l'on soit encore loin des équipements et des décors familiers : il faudra que la route ait changé de couleur (11), et l'électricité

confusion s'introduit (masculin aux § 9 et 11, féminin au §10) ; en revanche, l'article 30, qui n'a pas été retouché depuis 1922, adopte désormais le féminin. Les formulations ultérieures ne permettent pas toujours de trancher (on trouve le plus souvent l'expression "véhicule automobile"), mais la trace du masculin est encore visible dans le D. 27 décembre 1950, article 22, § 9. Dira-t-on que les textes juridiques ont assuré la pérennisation d'une terminologie qui, dès le début du siècle, était démentie par l'usage ? En 1899, l'avocat J. Gaure (*Le droit de circulation des cycles et automobiles d'après les lois les plus récentes*, Paris, Chevalier-Maresq et Cie, 1899, 48 p. ; p. 8) laisse entendre que la langue commune ne se conforme pas au masculin du législateur. Un témoignage beaucoup plus tardif incitera pourtant à la prudence : dans le film *La fille du puisatier* (Marcel Pagnol, 1940), on entend dire "un automobile" à des ouvriers agricoles méridionaux.

(6) Voir par exemple le découpage adopté dans *Design automobile* (numéro hors série de *Beaux-Arts*, 1990, 59 p.) : 1890-1914, "pesanteur d'un héritage" ; 1919-1939, "l'industrialisation" ; 1945-1975, "l'essor du design" ; 1975-1990, "approche de la modernité".

(7) Les "temps héroïques" (1890-1900 environ) se caractérisent notamment par la séparation des tâches entre constructeur et carrossier : le client doit faire "habiller" le châssis qu'il vient d'acquérir. On considère que "la fabrication des automobiles en série complètement terminées ne date guère en France que de 1920, réalisée à l'instigation de l'exemple américain" (*Histoire de la locomotion terrestre*, texte et documentation de Baudry de Saunier et alii, Paris, Éd. Saint-Georges, 1935, XVI+447 p. ; p. 272).

(8) La dénomination "Code de la Route", officialisée en 1921, existe à partir de 1905, grâce à Jules Perrigot, premier président de l'Automobile-Club vosgien, "qui avait rédigé sous ce titre dix commandements à l'intention des chauffeurs" (François Toché, *La Route*, Paris, Hachette, 1960, 64 p. ; p. 50).

(9) "Jusqu'en 1899, il n'y eut aucune intervention de l'autorité ministérielle ; toutes les dispositions prises émanèrent des préfets et des maires" (Georges Dortu, *De la circulation des automobiles*, thèse Droit, Paris, éd. A. Rousseau, 1904, 96 p. ; p. 24). La première réglementation des signaux visuels et auditifs dont seront pourvus les nouveaux véhicules est donc à chercher dans l'Ordonnance du Préfet de police de Paris du 14 août 1893, articles 24 (avertisseur sonore : il existe des voitures à moteur électrique dont la marche est parfaitement silencieuse) et 30 (signalisation lumineuse au moyen d'un falot, la nuit et par temps de brouillard).

(10) D. 10 mars 1899, article 15 : "L'approche du véhicule devra être signalée en cas de besoin au moyen d'une trompe. Tout automobile sera muni à l'avant d'un feu blanc et d'un feu vert".

(11) Le goudronnage des routes s'effectue à partir de 1905 (Toché, op. cit., p. 16).

dispensé ses féeries aux terrestres cadets des grands phares de mer (12). L'effort de discrimination chromatique est timide, et rencontre fort peu de compréhension (13), l'association des couleurs blanche et verte n'aura pas d'avenir. Mais on remarque le souci tout nouveau, né de vitesses inouïes, de différencier, dans le noir, l'avant et l'arrière d'un véhicule, afin d'anticiper les manœuvres de croisement ou de dépassement. Si la sécurité nocturne passe par la conquête d'une signalisation quadrangulaire, l'éclairage selon l'axe longitudinal a précédé la mise en place laborieuse de la symétrie lumineuse transversale, qui s'est durablement heurtée à des coutumes parcimonieuses. En revanche, les textes commencent par refléter la prééminence éclatante que leur simplicité technique assure aux avertisseurs sonores ; mais prescrire le signal "en cas de besoin" faisait à l'intempérance ostentatoire une part trop belle, et les trompes ne pouvaient sans dommage prendre le relais des bruits de sabots. Aux origines du Droit routier, on trouvera également typiques le pragmatisme législatif qu'exprimait la formule, et les rectificatifs qu'elle a bientôt nécessités.

À mesure que la configuration juridique de la circulation routière prend de la consistance, une double exigence se fait jour : il ne s'agit pas seulement de circonscrire les dangers issus des innovations techniques, mais de veiller aussi à ce que les remèdes n'engendrent pas d'autres sortes de maux. La signalisation optico-acoustique, conçue à des fins défensives, révèle des ressources d'armes très offensives, aptes à servir la malveillance automobile. Aussi son essor, encore modeste, s'accompagne-t-il d'injonctions et de distinguos inspirés par le souci d'inculquer une nouvelle grammaire de la locomotion. Déjà, les annales réglementaires (14) et jurisprudentielles (15) témoi-

---

(12) Les premiers éclairages électriques sont utilisés dans les années 1910, mais ne sont vraiment diffusés qu'après la première guerre mondiale ; la concurrence de l'acétylène dure jusqu'en 1919, date à laquelle les constructeurs de voitures de série (Citroën, Renault, Berliet) montèrent en premier équipement l'éclairage électrique (voir, par exemple, la *Revue générale de l'Électricité*, n° 12, décembre 1966, p. 1399/1414 et la *Revue technique automobile*, n° 492, juin 1988, p. XLIII/XLV).

(13) La présence des deux couleurs était destinée à différencier les voitures automobiles des voitures hippomobiles, pourvues d'un unique feu blanc (J. Gaure, op. cit., p. 30). Mais le décret n'ajoutant aucune précision, "dans la pratique, le blanc et le vert sont réunis sur une même vitre et l'espace réservé au vert est réduit à une bande de un ou deux centimètres, ce qui rend la prescription à peu près illusoire" (G. Dortu, op. cit., p. 48). On notera l'apparition du feu rouge arrière, à l'article 23, mais il est encore réservé aux "trains" de véhicules.

(14) Le décret du 27 mai 1921 se heurte à la violente opposition des agriculteurs, qui trouvent excessives ses exigences en matière d'éclairage, et reste lettre morte. Le premier Code à être effectivement appliqué est donc le décret du 31 décembre 1922. Les signaux sonores interviennent à l'article 50 pour les cycles, à l'article 25 pour les automobiles, avec les précisions suivantes : "dans les agglomérations, le son émis par l'avertisseur devra rester d'intensité assez modérée pour ne pas incommoder les habitants ou les passants, ni effrayer les animaux". Quant aux projecteurs, l'article 24 stipule que leur "faisceau lumineux sera réglé de manière à n'être pas aveuglant pour les autres usagers de la route". C'est que l'automobile est dotée, depuis 1921 -l'article est légèrement remanié dans le D. 31.décembre 1921- d'un éclairage à deux vitesses : "tout véhicule marchant à une vitesse supérieure à 20 kilomètres à l'heure devra porter au moins un appareil supplémentaire, qui aura une puissance suffisante pour éclairer la route à 100 mètres en avant" (texte de 1922). Une dichotomie s'ensuit entre "rase campagne" et "agglomérations pourvues d'un éclairage public" (texte de 1921) : à cette variante près, le parallélisme des signaux sonores et visuels est donc renforcé par le souci de limiter et l'assourdissement et l'éblouissement. À partir du D. 19 janvier 1933 (article 24), la qualification de "non éblouissant" assortira systématiquement la mention des feux, et se trouve encore aujourd'hui aux articles R-82 et suivants du Code de la Route. Mais la cohorte des circulaires et des instructions à la gendarmerie renseigne

gnent que n'allait pas de soi le bon usage des sons et des lumières. L'avertisseur sonore bénéficie dès lors d'un traitement à part, et plus circonstancié : quoique la trompe soit associée à deux manœuvres fondamentales - manifestation de la présence d'un véhicule aux intersections et d'une intention de dépasser (16)-, un premier pas vers la retenue forcée s'effectue grâce à l'institution d'une coupure, promise à un bel avenir, entre les signaux de "rase campagne" et les sons bien plus modérés qui seront supportés en "agglomération". C'est un premier indice de l'évolution majeure au terme de laquelle la suprématie des avertisseurs lumineux sera instituée. Il est confirmé dans la dernière codification de l'entre-deux guerres, qui ne laisse plus le choix pour la signalisation nocturne des troupeaux (17). Du côté des lumières, on compte, il est vrai, des acquis décisifs : le symbolisme chromatique du blanc et du rouge (18), et l'emplacement à gauche des feux avant et arrière (19). Le

suffisamment sur la fréquence des accidents par défaut ou par abus d'éclairage (exemple : circulaire n° 35334 T/13 du 3 novembre 1930 concernant la "répression des infractions relatives à l'éclairage") ; elles dénoncent, détails à l'appui, quelques usages criminels : "certains automobilistes placent à l'intérieur de leurs voitures des phares tournés vers l'arrière, qu'ils éclairent dès qu'un autre véhicule veut les doubler" (circulaire n° 3083 T/13 du 29 janvier 1931).

(15) On en trouvera d'abondants échos dans les éditions commentées du Code de la Route, bientôt suivies de véritables sommes doctrinales, comme le *Manuel pratique de l'automobile, Législation et jurisprudence*, d'A. Perraud-Charmantier, Paris, Sirey, 1927, 374 p. ou le *Code pratique de l'automobile*, par Annet-Badel et Perraud-Charmantier, édité sous le patronage de la Fédération nationale des Clubs automobiles de France et de l'Automobile Club de l'Île de France, Paris, 1933, 2 vol. "Les tribunaux se montrent à juste titre sévères pour les goujats de la route qui se jouent des prescriptions réglementaires, en prenant plaisir à viser avec leurs phares ceux d'une force moindre qu'ils vont croiser, jusqu'à ce que ceux-ci se soient éteints" (Perraud-Charmantier, op. cit., n° 302).

(16) "Bifurcations et croisées de chemins" (article 10 des D. 27 mai 1921, 31 décembre 1922, 12 septembre 1925, 5 octobre 1929) : "tout conducteur de véhicule ou d'animaux, abordant une bifurcation ou une croisée de chemins, doit annoncer son approche". La circulaire du 20 octobre 1929 insiste sur le fait que la priorité de passage aux croisements accordée aux véhicules circulant sur les routes nationales ne dispense pas leurs conducteurs de "signaler leur approche par des signaux sonores". Toutefois, la rédaction de l'article 10 § 1 dans le D. 20 août 1939 manifeste l'amorce d'un reflux du tapage : "Tout conducteur abordant une bifurcation ou une croisée de chemins doit, s'il n'a pu constater d'avance qu'aucun autre usager ne va s'y présenter, annoncer son approche". C'est dans le D. 19 janvier 1933 qu'est explicitement mentionnée, à l'article 9, "croisements et dépassements", l'obligation pour tout conducteur d'"avertir de son intention l'usager qu'il veut dépasser" ; mais le "cas de besoin", depuis 1899, la comprenait si bien qu'elle gouverne la pratique sans faire l'objet d'aucune discussion (voir Annet-Badel et Perraud-Charmantier, op. cit., tome I, p. 375/380 ; on trouve même citée une circulaire de gendarmerie du 25 juillet 1931 prescrivant de signaler le dépassement des voitures en stationnement).

(17) D. 27 mai 1921, article 56 : "leur présence doit être indiquée par un signal sonore ou lumineux" ; le D. 31 décembre 1922 se contente de stipuler qu'ils doivent " gêner le moins possible la circulation publique " et on ne voit reparaître une exigence précise de signalisation qu'avec le D. 20 août 1939 (article 56, § 2) : "les conducteurs de troupeaux ou d'animaux isolés devront, dès la chute du jour, en dehors des agglomérations, porter de façon très visible de l'arrière une lanterne ou un dispositif réflecteur dont les caractéristiques principales seront déterminées par arrêté du ministre des travaux publics".

(18) Le D. 4 septembre 1919, article 1er (modifiant l'article 15 du D. 10 mars 1899), ne précise pas la couleur des "deux lanternes" dont le véhicule doit "être muni à l'avant", mais prescrit "un feu rouge", "à l'arrière", pour "tout automobile". Le D. 27 mai 1921, article 24, impose "à l'avant, deux lanternes à feu blanc" et "à l'arrière, une lanterne à feu rouge", auxquels s'ajoute, on l'a vu, au-delà d'une vitesse de 20 kilomètres à l'heure, "un appareil supplémentaire", "pour éclairer la route à cent mètres en avant". La première prescription ne fera pas l'objet de modifications jusqu'en 1939, à l'exception du changement de

Code de 1921 se préoccupe aussi de la signalisation des véhicules à l'arrêt (20) et introduit des variations en fonction des catégories d'engins (21). C'est

dénomination des "lanternes" qui deviennent des "feux" à partir du D. 19 janvier 1933. Pour la deuxième prescription, en revanche, un développement décisif intervient avec le D. 5 octobre 1929 (article 24 toujours), qui prévoit "un ou plusieurs dispositifs permettant d'éclairer efficacement la route à l'avant" et surtout "la suppression de l'éblouissement à la rencontre des autres usagers de la route"; par les arrêtés subséquents des 8 octobre 1929, 10 octobre 1933 et 12 mai 1936, les automobilistes sont tenus de se procurer des appareils estampillés, divisés en "classe A", "classe B" et "classe AB" ("appareils mixtes, pouvant jouer alternativement, à volonté, le rôle des appareils de la classe A ou de la classe B", Arrêté du 8 octobre 1929). Les classes A et B servent respectivement "en marche normale sur route libre" et pour l'éclairage "de croisement". Ainsi se met en place le triptyque des actuels feux de position, de route et de croisement.

(19) D. 27 mai 1921, article 4 : "L'un des feux blancs ou le feu blanc, s'il est unique, est placé sur le côté gauche du véhicule. Il en est de même du feu rouge". Légèrement retouchée dans le D. 19 janvier 1933, article 4 ("S'il n'y a qu'un feu blanc, il est placé à gauche du véhicule. Le feu rouge est toujours placé à gauche du véhicule"), la prescription vaudra jusqu'en 1939. Pour les automobiles, l'unique feu blanc fait référence aussi bien aux projecteurs de route qu'à ceux de croisement, puisque les lanternes seules, à l'époque, doivent aller par paires. Quant à la mention du côté gauche, elle représente pour les véhicules une révolution à laquelle la doctrine n'a pas manqué d'accorder la plus grande attention : c'est qu'auparavant, on installait à droite le falot ou la lanterne. On consultera, pour le commentaire, la synthèse de G. Margueron, *Le Droit routier, Étude complète : historique, administrative et juridique du régime de circulation sur les routes françaises*, Paris, Imprimerie Maubert, 1930, 703 p. : p. 211/222. L'amélioration de l'état des routes, qui rend les bas-côtés moins dangereux, permet d'utiliser l'éclairage à des fins de signalisation, pour prévenir les risques d'accrochage au croisement ou au dépassement. Rappelons qu'après une longue polémique, le dépassement par la gauche s'est définitivement imposé (D. 27 mai 1921, article 9) et que, par cohérence sécuritaire, le volant aussi se place à gauche, alors qu'"à la veille de la guerre, toutes les automobiles avaient encore en France la direction à droite" (*Histoire de la locomotion terrestre*, op. cit., p. 384) ; au premier Salon de l'après-guerre, en 1919, la nouvelle 10 CV Renault 4 cylindres inaugure la conduite à gauche (*Renault, des voitures à vivre*, Le Cherche Midi éditeur, Paris, 1987, non paginé). On remarquera, pour finir, la subtilité avec laquelle le législateur a tout de même réparti entre les nouveaux appareils les fonctions d'éclairage et de signalisation, en spécialisant le feu de croisement dans le repérage du bas-côté droit, qu'il est important de ne pas perdre de vue en cas d'éblouissement ou de "trou noir" : arrêté du 28 juillet 1923, article 6 (encore en vigueur en 1939) : "Lorsque l'éclairage réduit est produit par un seul projecteur, celui-ci doit être disposé de manière à éclairer en particulier le côté droit de la route. Si l'éclairage plein est produit par un seul projecteur, celui-ci est placé à gauche ou dans l'axe du véhicule". Déjà le Droit procède à un aménagement raisonné de l'irréductible indissociabilité qui est propre aux fonctions d'éclairage et de signalisation : ce qui éclaire signale forcément et ce qui signale lumineusement éclaire encore, si chichement que ce soit. La double finalité n'a pas échappé, on l'a vu, aux premiers commentateurs du Droit routier, mais il faut attendre le D. 18 décembre 1937 pour que l'intitulé de l'article 24 complète "éclairage" par "signalisation", ce qui parfait l'équilibrage avec la rubrique "signaux sonores", mise en place dès 1921 (article 25).

(20) En principe, le stationnement des véhicules est interdit sur la voie publique (D. 27 mai 1921, article 11) ; en pratique, l'obligation d'éclairage, explicitement mentionnée dans le cas où la voiture constituerait un "obstacle" caractérisé (§ 4), découle de la prescription générale selon laquelle "Les conducteurs ne peuvent abandonner leur véhicule avant d'avoir pris les précautions nécessaires pour éviter tout accident" (§ 2) et s'applique dans le cas, de plus en plus fréquent, où les automobiles sont rangées le long des rues et des routes. On trouve chez les commentateurs des années 30 le regret que ces "feux de position" (le terme est déjà employé) soient imposés sans la prise en compte de l'environnement lumineux (voir Annet-Badel et Perraud-Charmantier, op. cit., tome I, p. 395 : "Il faut dire sans ambages que l'obligation du Code de la Route est absurde" ; l'exemple produit à l'appui est celui des automobiles stationnant sur la Place de l'Opéra, où il n'y a pas grand risque de pénombre, et l'argumentation invoque la technique : "Il faut prendre en pitié les malheureux accumulateurs

que l'automobile a déjà étendu son empire aux transports en commun et aux champs, et que, sur la chaussée, les "deux roues" commencent à se révéler aussi alarmants que les piétons (22). Trois innovations, signes des progrès accomplis dans la visée sécuritaire, complètent cette panoplie : les "dispositifs réfléchissants" (23), miroirs de prévoyance qui extirpent de l'ombre un témoin de présence, transforment pour partie l'instrument d'éclairage en décrypteur de signes, et substituent la jonction des corpuscules de lumière au contact redoutable entre des corps obscurs ; les "feux d'encombrement" (24) silhouettent les contours par trop exceptionnels ; l'indicateur de changement de direction, enfin, introduit la différenciation rythmique avec l'utilisation de la lumière clignotante (25) : signal de la dé-

---

de l'automobiliste". C'est ce que fait le D. 17 janvier 1935 (article 24) en instituant les feux de stationnement, blancs vers l'avant, rouges à l'arrière.

(21) D. 27 mai 1921, articles 24 (automobile et motocyclette), 37 (transports en commun), 49 (cycles), 4 (voitures agricoles), 32 (remorques).

(22) La doctrine se fait, pour longtemps, l'écho de la malédiction lancée dès 1907 par Octave Mirbeau (*La 628-E8*, Paris, Charpentier, 1907, XVIII+468 p. ; p. 306 : "le cycliste est devenu le pire ennemi du chauffeur") : selon Annet-Badel et Perraud-Charmantier, par exemple (op. cit., p. 419 du tome I), les cyclistes sont "les véritables plaies des voyages nocturnes". Ils vont plus loin (idem, p. 395) : "Chaque fois qu'on emprunte la chaussée, on devrait être tenu de se signaler, fût-on le simple piéton qui justement, par sa marche lente, constitue un obstacle permanent à la circulation normale".

(23) D. 27 mai 1921, articles 24 et 49 : on a le choix, pour les motocyclettes et les cycles, entre un "feu visible de l'avant et de l'arrière" et "un feu visible de l'avant seulement" combiné avec "un appareil à surface réfléchissante rouge à l'arrière". Mais le D. 5 octobre 1929 exige le feu rouge arrière (articles 24 et 49). Le dispositif est prescrit par l'arrêté du 29 février 1936 (article 2) pour compléter, à l'arrière, la signalisation des "véhicules transportant des pièces de grande longueur". Avec le D. 18 décembre 1937, article 4, des dispositifs réfléchissants de couleur orange équiperont les véhicules "dont la largeur, chargement compris, dépasse deux mètres". Leur usage est définitivement confirmé dans l'article 4 du D. 20 août 1939, qui les mentionne comme obligation de principe au § 1, 2°, puis en spécifie les deux principales variétés : rouges pour les "véhicules agricoles chargés de fourrages ou autres matières facilement inflammables" (§ 2, 2°) ; oranges pour les véhicules larges de plus de deux mètres (§ 5). Les "dispositifs réfléchissants sur les véhicules" font même l'objet de l'arrêté du 28 août 1939.

(24) Les "feux d'encombrement", que les commentateurs nomment aussi les "feux de gabarit" bien avant que le terme ne soit officialisé, introduisent la couleur orangée dans le système chromatique de la signalisation : on les trouve pour la première fois dans le D. 19 janvier 1933, article 24 ("Tout automobile dont la largeur, chargement compris, dépasse deux mètres, doit être muni d'un dispositif d'éclairage à feux oranges, permettant, lors d'un croisement ou d'un dépassement, de reconnaître nettement le contour extérieur du véhicule et de son chargement"). Le texte est reproduit encore sans changement dans le D. 20 août 1939, article 24, § 9.

(25) C'est encore le D. 19 janvier 1933 qui rend obligatoire, mais seulement pour les véhicules "dont la largeur, chargement compris, dépasse deux mètres", "un appareil indicateur de changement de direction", "visible de jour et de nuit" (article 22). Dans le D. 20 août 1939, article 22, ces mêmes véhicules sont tenus de se munir, en outre, "d'un dispositif d'avertissement, visible de l'arrière, de jour et de nuit, permettant à son conducteur de signaler à l'arrière qu'il a perçu le signal sonore du conducteur qui s'apprête à le dépasser" (§ 8, 2°). Pour manifester leur intention d'effectuer un changement d'allure ou de direction, les conducteurs d'automobiles ne sont tenus qu'à des signaux du bras, en vertu de l'arrêté du 24 avril 1926, article 1 (complété par l'ordonnance du Préfet de Police de Paris du 25 octobre 1926 : voir Annet-Badel et Perraud-Charmantier, op. cit., tome I, p. 637). Les Codes commentés décrivent, schémas à l'appui, les trois gestes conventionnels qui signifient : "je m'apprête à tourner", "je ralentis" ou "vous pouvez dépasser". Mais ce n'est pas avant 1939 que la codification intégrera explicitement dans l'article 7, § 5, le principe de ces avertissements : "Tout conducteur qui s'apprête à apporter un changement important dans l'allure ou la direction de son véhicule [...] doit préalablement en avertir les autres usagers,

viation, de la transition, du ralentissement, il vient tenir en quelque sorte le milieu entre la clarté conquérante des feux avant et l'interdit rougeoyant à l'arrière.

L'éclairage des automobiles fait pointer la modernité : par lui, le Droit public prend son visage grand public - c'est-à-dire routier. Le langage commun ne s'y est pas trompé, qui, dès les années trente, fait essaimer le nouveau Droit en une foule de lucioles, enveloppant si bien, dans cette synecdoque, massification du destinataire et massification du message, que les textes réglementaires eux-mêmes ne sont pas loin de l'adopter (26). La fortune de l'expression traduit une captation anthropomorphe, elle-même révélatrice de l'accoutumance au nouveau mode de locomotion : la paire des feux avant est sentie comme des yeux de route, et la route désormais se déchiffre à la lumière d'un Code. Au moindre croisement nocturne de "regards", les contraintes de la nouvelle sociabilité automobile manifestent le Droit comme zone d'éclairage de l'humain. Et, de même que le Code de la Route est devenu *le* Code, comme le Code civil au XIXe siècle, parce qu'au XXe siècle la personne est mobile ou n'est pas, de même, cet intitulé abrégé est investi dans le domaine fortement symbolique de l'éclairage. L'œil de la loi s'installe au fond des projecteurs : *dura lux, sed lex...*

Paradoxalement, on mesure bientôt les progrès accomplis en matière de feux automobiles au double coup d'arrêt qu'impose la période de la guerre et de l'Occupation. D'un côté, les hostilités vont retarder de dix ans la mise en application d'une prescription qui bouleversera l'aspect nocturne de la circulation française : l'introduction de la "lumière jaune" (27) ; d'autre part,

---

notamment lorsqu'il va ralentir, s'arrêter, appuyer à gauche, traverser la chaussée, ou lorsque, après un arrêt, il veut reprendre sa place dans le courant de la circulation".

(26) Il s'agit de l'expression "les codes" qui va très vite désigner les appareils de classe B, destinés à limiter l'éblouissement provoqué par l'"éclairage plein" (voir ci-dessus, note 18) en cas de croisement. Chez les commentateurs, on peut suivre le passage progressif de "l'éclairage Code" (par exemple, Annet-Badel et Perraud-Charmantier, op. cit., tome I, p. 389 ou 414) à la locution "mettre ses phares au Code" (idem, p. 423), comme des "phares Code de la Route" (Perraud-Charmantier, op. cit., n° 302) aux "phares Code" tout court. Le décret du 1er septembre 1939, article 1, fait référence à "l'éclairage code" ; dans celui du 18 novembre 1939, on trouve successivement "lampes code", "éclairage code" (article 2, a), et "projecteurs-code" (article 2, b). Mais cette nomenclature ne réussira pas à s'implanter et les décrets d'après-guerre fixeront la double dénomination "feux de route" et "feux de croisement". Il n'empêche qu'un usage obstiné continue à faire survivre "les codes", encore aujourd'hui, dans le vocabulaire des conducteurs, et qu'on écrit le terme -il a l'avantage de la brièveté- par exemple à l'entrée des parkings souterrains ("allumez vos codes").

(27) Cette spécialité nationale alimente des controverses depuis son apparition dans les années 30 (voir A. Monnier et M. Mouton - ses deux "pères" -, *L'éclairage des automobiles*, Paris, édité par *Lux*, la *Revue de l'éclairage*, 1935, 117 p. ; p. 102/105 : "avantages procurés par la lumière sélective"). C'est l'arrêté du 3 novembre 1936 (article 1er) qui rend obligatoire, pour tous les véhicules automobiles, à partir du 1er janvier 1939, "dans tout projecteur d'un type A, B, ou AB", l'emploi de "lampes rayonnant une lumière jaune et conformes à un type agréé". Au lendemain de la guerre, le débat met aux prises partisans de la lumière jaune et tenants des "sealed beams" américains : le 6 juillet 1948, des expériences dans les bois de Meudon assurent la victoire du jaune (voir, par exemple, "Études sur la distribution des faisceaux des projecteurs, expériences comparatives entre les lumières blanche et jaune", *Lux*, n°4, oct./nov. 1948, p. 72/77 ; "Questions d'éclairage", *La vie automobile*, n° 1383-1384, nov. 1948, p. 326/327 ; "L'éclairage des automobiles, influence des lumières colorées", *Revue générale des routes*, n° 273, oct. 1954, p. 44/45 ; "Lumière jaune et sécurité routière", *Ingénieurs de l'automobile*, tome XXXII, n° 12, déc. 1959, p. 729/745). Aujourd'hui, c'est l'harmonisation des réglementations dans l'Europe des Douze qui relance la polémique : on multiplie les sondages, on évoque les conséquences

l'éclairage des automobiles, assez puissant pour représenter un danger national, fait pour la première fois l'objet de limitations draconiennes : c'est l'époque des phares maquillés, encapuchonnés, qui promènent à l'horizontale des meurtrières lumineuses (28). Le jeu de cache-cache affecte jusqu'aux textes fondateurs (29) mais l'éclipse du Code de la Route n'empêche pas de saisir des aménagements intéressants dans la réglementation qui traite de l'emploi des avertisseurs. Un ton de familiarité didactique caractérise les lois rédigées par le Gouvernement de Vichy, qui reflètent, dans une foule de détails, l'évolution des mœurs automobiles. Ainsi trouve-t-on formulée, non sans candeur, l'interdiction du cynisme sonore (30). Mais deux innovations s'y font jour, dont la législation ultérieure fera discrètement son profit : l'attribution de si-

---

économiques (les lampes jaunes coûtent plus cher), le Secrétaire d'État aux Transports demande la réalisation d'une étude comparative (voir le magazine *L'Automobile*, n° 526, avril 1990, p. 12). Les jours des phares jaunes, désormais, sont comptés : une annonce ministérielle, diffusée sur *France-Infos*, le 26 juillet 1991, a fait savoir qu'ils ne seraient prochainement plus obligatoires en France.

(28) Le décret du 1er septembre 1939 (article 1er) interdit l'emploi de "l'éclairage de route" dans 44 départements susceptibles de servir de théâtre aux opérations militaires ; des lampes spéciales "défense passive" sont prévues, mais, en attendant, "la circulation pourra se faire en éclairage code avec des lampes du temps de paix, à condition que les glaces des projecteurs soient recouvertes d'un vernis bleu ou blanc suffisamment opaque". Le D. 18 novembre 1939 réduit à 25 les départements dits de zone A (article 2), et, sans modifier les dispositions précédentes, distingue éclairage dans et en dehors des agglomérations, pendant et en dehors des alertes. Ces précautions s'expliquent par le fait que "des autos convergeant vers une agglomération décèleraient la position de celle-ci" aux avions (voir "L'éclairage des automobiles et la défense passive", *Journal de la Société des Ingénieurs de l'Automobile*, tome XIII, mars-avril 1940, p. 70/75). La peinture bleue, qui rendait le dispositif éblouissant, est interdite à partir du 1er février 1941. L'arrêté du 25 février 1941 redéfinit la zone A (article 2) et passe en revue dans l'article 1er les trois modifications des projecteurs-code qui sont autorisées : en dehors des lampes spéciales défense passive, les automobilistes trouvent sur le marché des "occulteurs" (caches métalliques ajourés, comme l'"Occulto" créé par Marchal), mais ils peuvent réaliser à moindres frais le "dispositif dit de la zone occupée, constitué par un masque en tôle ou une couche de vernis noir opaque recouvrant tout le projecteur, à l'exception d'une fente horizontale centrale dont les dimensions sont : 5 centimètres à 8 centimètres de large sur 1 centimètre de haut pour les automobiles ; 3 centimètres à 4 centimètres de large sur 1 centimètre de haut pour les motocyclettes". La loi du 5 mars 1941 "modifiant et complétant pour la zone occupée le règlement général sur la police de la circulation et du roulage" dispose, dans son article 15 (§ 5) qu'"un véhicule automobile ne peut être mis en service que si les phares avant sont obscurcis par un manchon spécial ou par une couche de peinture ou de laque noire, opaque et bien adhérente, qui ne laisse passer la lumière que par une fente horizontale pratiquée dans le milieu de la glace du phare". Les bicyclettes "pourvues ou non de moteurs auxiliaires" (§ 6) sont assujetties à la même contrainte. Enfin, le § 7 précise que tous les autres dispositifs d'éclairage "doivent être obscurcis sur tous les véhicules de façon qu'ils ne soient pas visibles à plus de 100 mètres". Dans l'arrêté du 23 février 1944, article 12, il est fait mention d'"un capuchon métallique ou de tout autre dispositif ne permettant le passage de la lumière que par un orifice horizontal indéformable, situé au milieu du verre" et "l'emploi de peinture ou de vernis pour remplacer ces dispositifs est interdit". Deux ajouts : "les feux de position doivent être masqués aux vues d'un observateur aérien" (art. 12) et "la lumière bleue est obligatoire pour l'éclairage intérieur de tous les véhicules terrestres" (art. 13).

(29) Rappelons que la loi du 28 janvier 1943 abroge et remplace le Code de la Route ; elle elle-même abrogée à son tour par l'ordonnance du 12 novembre 1944, qui remet en vigueur (article 2) le D. 20 août 1939.

(30) Loi du 5 mars 1941, article 9 : "il est interdit de se servir des signaux avertisseurs pour d'autres buts, en particulier pour pouvoir circuler soi-même sans précaution, et plus qu'il n'est nécessaire" (§ 1) ; "l'emploi du signal avertisseur doit être interrompu quand il effraie les animaux" (§ 2). Texte reproduit dans la loi du 28 janvier 1943, article 11.

gnaux sonores spéciaux pour quelques catégories de véhicules privilégiés (31) et, surtout, l'acte de naissance des avertisseurs lumineux dans une fonction jusque-là officiellement réservée aux sons (32). C'est à ce moment-là que bascule vraiment la prééminence des signaux acoustiques : la prolifération automobile tend à faire écarter les signaux de pure intrusion, au profit de ceux qui limitent les nuisances sonores. Les deux dichotomies spatiale (agglomérations/rase campagne) et temporelle (jour/nuit), après avoir accoutumé à une modulation de l'intensité des signaux optico-acoustiques, favoriseront désormais leur concurrence et, à terme, une interchangeabilité qui se résoudra par l'avantage décisif conféré - dans les textes du moins - aux lumières.

La Libération a beau donner le signal d'une fringale automobilistique (33), il faut plusieurs années pour que la normalisation industrielle et même réglementaire se réalise : le cas de la lumière jaune est significatif (34). Aussi la troisième grande phase codificatrice ne s'ouvre-t-elle véritablement qu'avec le D. 10 juillet 1954, et certains auteurs inclinent même à faire naître le Code de la Route de l'ordonnance et du décret du 15 décembre 1958, qui l'ont doté de sa physionomie moderne, partie législative, partie réglementaire (35). Pour les signaux avertisseurs, en tout cas, le décret de 1954 introduit

---

(31) Loi du 5 mars 1941, article 6, § 3 : les "véhicules des pompiers", les "voitures d'ambulance", les "véhicules de la police" et ceux "de la défense passive" sont dispensés des limitations de vitesse et se font céder le passage par les autres conducteurs, lesquels seront avertis de leur approche par "des signaux sonores graves qui leur seront propres".

(32) Loi du 28 janvier 1943, article 11, § 3 : "Les signaux avertisseurs doivent être des signaux sonores. Ils peuvent être remplacés, dans l'obscurité, par des signaux lumineux en faisant clignoter les projecteurs, à condition que ces signaux soient nettement perceptibles et qu'ils n'éblouissent pas les autres usagers". Les commentateurs des années 30 préconisaient de se contenter, la nuit, de l'éclairage, comme suffisant avertisseur de présence (Annet-Badel et Perraud-Charmantier, op.cit., tome I, p. 385, citent même à l'appui une Instruction à la gendarmerie du 11 mars 1930) : la nouveauté consiste ici dans le "clignoter", qui transforme en émission délibérée de message une propriété physique dont la double utilité (éclairage/signalisation) n'était pas passée inaperçue, mais n'avait pas encore été arrachée à son ambiguïté. Le décret du 12 janvier 1948 ne reconduit pas cette possibilité ; en revanche, elle devient une obligation, en ville, dans l'article 33 du D. 10 juillet 1954.

(33) Voir M. Roche, *Comment vivre avec l'automobile*, Éd. du Centurion, Paris, 1978, 109 p. ; p. 104 : "Mobilisé, c'est le contraire d'automobilisé [...] L'automobile signifiait la sécurité enfin retrouvée".

(34) On en trouve explication et commentaire dans les Codes commentés des années 50 : "Tant que le contingent de cadmium, qui sert à la fabrication des lampes rayonnant de la lumière jaune était limité, la lumière blanche était tolérée. Mais aujourd'hui, la situation est redevenue normale, et l'arrêt d'application du Code de la Route rendant la lumière jaune obligatoire est à nouveau en vigueur depuis le 1er avril 1950" (collection Baudry de Saunier, Paris, Flammarion, 1951, 56 p. ; commentaire de l'article 24). Plus précis, le Ct. Vohl (*Code de la Route et police de la circulation*, Charles-Lavauzelle et Cie, Paris, 1952, 72e éd., 177 p. ; p. 66) donne la référence de la circulaire dans laquelle les dispositions de l'arrêt du 3 nov. 1936 ont été remises en vigueur : C.M. n°11897/ Gend. T. du 17 mars 1950. Il précise bien que la lumière jaune concerne les appareils prévus aux § 3 et 4 de l'article 24 du D. 12 janvier 1948 - qui ne soufflent mot de couleur- et non ceux qui sont prévus au § 1 (la "lumière blanche non éblouissante" dûment mentionnée est celle des feux de position). Ce n'est qu'en 1954 que la couleur de tous les feux sera explicitement indiquée dans le Code de la Route ; d'ailleurs cette négligence de rédaction fut à l'origine d'une erreur dans le D. 20 août 1939 (article 24, § 1 et 2), qui fit l'objet d'un rectificatif au *Journal Officiel*.

(35) Voir, pour l'exposé de ce désarroi doctrinal, Couvrat et Massé, op. cit., p. 27/28. La coupure de 1958 est double : à la répartition de la matière entre les rubriques L et R. s'ajoute l'abrogation de l'antique loi du 30 mai 1851, relative à "la police du roulage et des messageries".

une refonte considérable, dont les enjeux n'échappent nullement aux commentateurs (36). Il est d'ailleurs inséparable, à cet égard, du très important arrêté du 16 juillet 1954, relatif à l'éclairage et à la signalisation des véhicules. L'usage des signaux sonores est désormais sévèrement circonscrit (37), avec deux conséquences : d'une part, la percée du "signal optique" (38), de l'autre une spécialisation qui tend à réserver aux sons la communication de l'urgence grave (39). L'aboutissement de cette évolution est formulé dans le D. 5 février 1969, qui confine les avertisseurs acoustiques, la nuit, dans les "cas d'absolue nécessité" (article R. 33) et les interdit en agglomération, même de jour, "en dehors du cas de danger immédiat" (article R.34) ; ce sont ces règles qui prévalent et sont reconduites dans les textes depuis trente ans. En matière de signalisation lumineuse, une nouvelle étape est manifeste : classification minutieuse, descriptions détaillées, et astucieuse prise en compte des progrès de la technologie, qui fait doubler la catégorie des équipements obligatoires par celle des équipements autorisés ; le souci de la sécurité trouve son compte de deux manières à ce libéralisme (40). Le Code de la Route, ici, donne l'exemple rare d'une loi qui attend les mœurs au tournant. Dès lors, l'essentiel des lumières automobiles ne sera plus sujet à de grands changements, car l'effort de diversification des symboles avertisseurs est soumis à la loi d'airain de la lisibilité immédiate. Une fois dépassée l'ambiguïté qui naît de signaux frustes à l'excès, une menace de confusion tout aussi meurtrière se profile derrière les élaborations que l'exigüité relative du support rendrait vite inefficaces. C'est que, pour assurer la clarté de leur message, les auto-signaux n'ont guère la possibilité de compenser le schématisme par une redondance

(36) Voir, par exemple, *Le Code de la Route présenté et commenté* par R. Liger, Paris, Albin Michel, 1954, 212 p., (commentaire des articles 31, 33, 40, 42, 86, 88, 89, 90, 96).

(37) D. 10 juillet 1954, article 31 : "L'usage des signaux sonores n'est autorisé que pour donner les avertissements nécessaires aux autres usagers de la route". Dans les agglomérations, où n'est tolérée que la trompe "pour l'usage urbain" (article 94), "les signaux émis doivent être brefs, et leur usage très modéré" (article 32). Le maire a toute faculté d'aggraver ces restrictions (article 34). L'intention de dépassement ne doit plus faire l'objet d'un avertissement qu'"en cas de nécessité" et dans les limites des contraintes édictées en ville (article 14).

(38) "Entre la chute et le lever du jour, les avertissements doivent être donnés par signal optique à l'aide des feux de croisement"... (article 32 du même décret).

(39) "...les signaux sonores ne devant être utilisés qu'en cas d'absolue nécessité" (fin de l'article 32). En outre, les véhicules de police et de gendarmerie, comme ceux qui servent à la lutte contre l'incendie, non seulement échappent aux limitations évoquées (article 35) mais peuvent "être équipés d'avertisseurs spéciaux" (art. 95) ; de même, des "timbres spéciaux" pour les ambulances sont autorisés.

(40) Le législateur a pris soin, dans l'article 42 (D. 10 juillet 1954), de prescrire qu'"aucun véhicule ne sera pourvu de dispositifs d'éclairage ou de signalisation autres que ceux qui sont prévus par le présent décret". Cela posé, les automobilistes se voient offrir la possibilité d'améliorer l'équipement sécuritaire de base par des dispositifs dont les avantages sont indéniables, les inconvénients en principe nuls, et c'est une manière de favoriser l'accoutumance à des instruments qui apparaîtront bientôt indispensables. L'observation sur le long terme montre que les trouvailles des constructeurs sont souvent entrées ainsi dans le Code de la Route, par la petite porte du facultatif. C'est le cas dès 1954 pour les "feux-stop" (article 88) et l'indicateur de changement de direction (article 89), qui deviennent obligatoires, mais on sait que les voitures en étaient déjà généralement pourvues. En même temps, sont autorisés les "feux antibrouillard" (article 92) et les "feux de marche arrière" (idem). Dans les années 60, les automobiles présentent, à quelques détails près - lumière orange des feux de marche arrière, possible aussi pour les feux-stop-, la panoplie d'avertisseurs lumineux qui nous est familière, depuis qu'ont été adoptés, en outre, les "codes européens" (1956) qui améliorent, à droite, l'éclairage du bas-côté.

spatiale ou temporelle : la disposition par paires des avertisseurs délivre en effet des informations spécifiques sur la silhouette du véhicule, qui ne se confondent pas avec une simple fonction de rappel, et la rapidité des trajectoires explique le reste. D'où l'éventail restreint, et qui ne doit pas étonner, des variations chromatiques et rythmiques mises en œuvre pour avertir de la présence, ces changements de direction ou d'allure des véhicules. L'histoire du "signal vert" (41) est exemplaire des dangers que recèlent de trop bonnes intentions didactiques : les auto-sinaux ne valent que comme purs monolithes de commodité.

Les années 70, où la Sécurité routière devient une priorité nationale (42), et profite de la crise énergétique pour promouvoir un style de conduite plus serein, ne pouvaient qu'être favorables sinon à la multiplication, du moins à la rationalisation et à l'affermissement des marqueurs lumineux dans les fonctions d'alerte et d'anticipation. Un fourmillement d'arrêtés, dont il n'est pas question ici de détailler les dispositions, a cherché l'accroissement de la lisibilité signalisatrice ; nous soulignerons les trois principaux aspects de cette seule et même visée. Certaines mesures ont joué sur les virtualités signalisatrices des dispositifs d'éclairage existants pour améliorer la visibilité de véhicules particulièrement exposés aux conséquences désastreuses de l'inattention : d'où l'obligation, pour les motards, de circuler en plein jour feux de croisement allumés (43) ; d'autres ont élargi la gamme des avertisseurs

(41) On a signalé son apparition, sans précision de couleur, dans le D. 20 août 1939, art. 22, § 8, 2° (voir note 25, ci-dessus) ; c'est avec le D. 12 janvier 1948 qu'on apprend qu'il s'agit d'"un dispositif à feu vert" (article 22, § 8, 2°) ; à l'article 92 du D. 10 juillet 1954, 1°, il est appelé "signal vert (dépassement)" ; son acte de décès figure dans l'arrêté du 22 avril 1966, article 2 : "À dater du 1er janvier 1967, aucun véhicule ne devra plus être muni du signal vert". Conçu pour faciliter la communication entre des routiers encombrants et des automobilistes impatientes, sur des routes où le dépassement n'allait pas de soi, le signal vert entretenait une fâcheuse ambiguïté avec le "feu vert" qui protège le passage ; il était devenu meurtrier parce qu'il était compris comme une invitation à dépasser : trop subtil, le message de patience allait à l'encontre de son but. On trouvera une autre preuve de cet échec sémiologique dans la confusion qui a très vite gagné les souvenirs de ceux qui ont pourtant connu le signal : par exemple, une journaliste évoquant "le bon temps" où, "sur les routes, les routiers sympas allumaient pour nous une loupote rouge (sic) à l'arrière de leurs mastodontes" ("Plaidoyer pour un bahut", par E. Schemla, in *Le Nouvel Observateur*, 17/23 novembre 1980, p. 77/80).

(42) Voir *La voiture, la route et la loi*, Publication trimestrielle du C.L.C.J., Bordeaux, 1er trimestre 1989 ; et plus particulièrement, P. Denizet et M. Ledru : "La sécurité routière ou comment vivre ensemble", p. 89/94. On y rappelle la convergence de quelques dates-clés : 1969, le rapport Ternier, premier bilan économique des accidents de la route ; 1970 première "Table ronde de Sécurité routière" ; 1972 création d'un Comité interministériel de Sécurité routière ; 1973 crise de l'énergie et premier train des grandes mesures réglementaires (limitation de vitesse, port de la ceinture de sécurité, lutte contre l'alcoolémie), alors que le point culminant de l'hécatombe routière venait d'être atteint. C'est aussi dans ces années-là que commencent à se faire sentir les effets cumulés des efforts en matière de pédagogie (loi de 1957 rendant obligatoire l'instruction de la prévention routière dans les écoles) et de recherche (la plupart des instituts de recherche, comme l'ONSER, furent créés entre 1950 et 1960), relayés par des campagnes d'information dans les médias nationaux. En 1982 enfin, la création, au sein du Ministère des Transports, d'une Direction de la Sécurité et de la Circulation routières a permis l'amplification et la diversification de cette politique.

(43) Décret du 26 août 1975 article R.40-2 du Code de la Route. La tentative d'imposer aux automobilistes, l'usage des feux de croisement en ville (D. 12 octobre 1979), en revanche, a soulevé un tel tollé (Voir quelques échos de ce débat dans *Le Nouvel Observateur*, 24/30 décembre 1979, p. 40/41 : "Les codes en appel") que le D. 16 juin 1982 (article R.40 du Code de la Route) se contente de prescrire "au moins les feux de position". C'est, avec la

spéciaux destinés à attirer l'attention sur des trajectoires qui contrastent, d'une manière ou d'une autre, avec l'ordinaire routier (44) ; les voitures de tourisme, enfin, se trouvent dotées d'un avertisseur supplémentaire, simple variante d'un indicateur préexistant, mais que son prodigieux succès a vite constitué - nous y reviendrons - en fleuron original de la couronne des feux (45).

Au total, le Code de la Route est venu renouveler la devise qui glorifia jadis l'installation des premiers réverbères : "Securitas nitor". La Sécurité routière en effet l'a traduite par "la vue, c'est la vie" : autres temps, autres barrières pour interdire l'accès aux boulevards du crime (46), et parmi elles, en bonne place, cette ronde de feux sur les carrosseries. Grâce à quoi les voitures circulent comme autant d'étoiles filantes qui porteraient les vœux de leur préservation. Pourtant, le Droit routier - et c'est pourquoi il fut d'entrée le repoussoir du prestigieux corpus de Droit civil - n'a rien d'un Droit-éclair, ou d'un Code au tracé éblouissant : il offrirait plutôt le spectacle d'une flamme exposée aux bourrasques, à l'image de ces falots qu'il dut patiemment convertir en "codes". Dès les premières réglementations de l'éclairage, il y eut chez les commentateurs la perception lucide des complications qu'allait créer, pour le légalisme traditionnel, un Droit d'application matérielle, dans lequel, à proprement parler, c'est le matériel qui fait foi (47). Impossible ici de se

lumière jaune, une autre caractéristique qui met la France à l'écart de la législation européenne.

(44) La généralisation des gyrophares (lumière orange ou bleue) concerne aussi bien les véhicules d'intervention urgente que les véhicules à progression lente (R. 92, 5° et 6°). Voir l'arrêté du 30 juin 1971 - "relatif aux feux spéciaux des véhicules d'intervention rapide" - qui institue la classe A (véhicules de police, de gendarmerie et de lutte contre l'incendie : feux tournants à éclats émettant une lumière bleue) et la classe B (ambulances, véhicules E.D.F.-G.D.F. et services des Douanes : feux fixes émettant une lumière bleue intermittente) ; l'arrêté du 4 juillet 1972 réserve la couleur jaune orangée aux véhicules à progression lente : notons que ce signal fait partie du décor urbain le plus familier, grâce aux engins qui procèdent au nettoyage des rues.

(45) Il s'agit du dispositif appelé "signal de détresse" (R. 92-8), "constitué par le fonctionnement simultané des indicateurs de changement de direction". Recommandé par les experts de la Sécurité routière qui approuvent sa prescription aux U.S.A. (voir par exemple *Éclairage, visibilité et accidents*, Rapport préparé par un groupe de recherche routière de l'O.C.D.E., Paris, Publications de l'O.C.D.E., 120 p. dactyl. ; p. 41), autorisée sur "tout véhicule automobile ou remorqué" par l'arrêté du 2 janvier 1973 (modifiant l'arrêté du 16 juillet 1954), cette signalisation d'urgence est rendue obligatoire par le décret du 9 avril 1979, complété par l'arrêté du 28 juin de la même année. L'arrêté du 2 janvier 1973 (article 2 et 4) l'admet seul ou accompagné du triangle pour assurer la présignalisation des véhicules à moteur dont le poids total autorisé en charge est inférieur ou égal à 3500 kg.

(46) Pour la thématique des "criminels de la route", qui fait mettre à l'étude la qualification d'"infraction de mise en danger d'autrui", voir Couvrat et Massé, op. cit., p. 131. L'impact des systèmes avertisseurs sur les accidents est une donnée d'évidence, mais qui est particulièrement difficile à saisir statistiquement (voir, dans le même ouvrage, le tableau de la p. 11 : la proportion d'accidents corporels causés par la déféction des organes d'éclairage ou de signalisation serait de 0,1 % en 1985). L'évanescence juridique des auto-signaux - il n'est même pas question, dans ces évaluations, des avertisseurs sonores - est ici patente : leur efficacité même les rend irrépertoriables - quand il ne se passe rien de grave - et leur faillite est, le plus souvent in-expertisable.

(47) Margueron, op. cit., p. 322, se livrait à une critique virulente de l'arrêté du 28 juillet 1923, qui faisait intervenir des notions de photométrie qu'il estimait incompréhensibles pour l'usager ; car, ajoutait-il, l'estampillage ne suffit pas : comment l'automobiliste procédera-t-il au réglage ? Dans le même ordre d'idées, on remarquera que le Code de la Route ne se soucie pas, par exemple, de prescrire des provisions d'ampoules ou de fusibles : c'est au conducteur de se prémunir contre les défaillances de son système d'éclairage (pour la jurisprudence, voir Couvrat et Massé, op. cit., p. 64), conformément à l'article 11 de l'arrêté

mettre, au moment de l'acquisition, en règle une fois pour toutes : le temps automobile est générateur d'infractions, et le Droit routier sera forcé de prendre en compte l'usure et le réglage, autrement dit deux dimensions originales qui rendent particulièrement délicates la saisie judiciaire des faits : la prévision et la révision. D'où le rôle majeur du constructeur en amont et, en aval, du garagiste ; détenteurs des équipements, interprètes des consignes légales, ils ont auprès des conducteurs un statut de quasi conseillers juridiques.

### 1.1.2. Du cahier des charges au carnet de commandes

Du Code de la Route émerge, tel un moderne fantôme, le véhicule légal, qui porte deux espèces de chaînes : exigences en matière d'équipements, et prescriptions qui touchent à leur utilisation. Quoique logiquement accolées dans les textes, ces deux types de règles impliquent des relais différents : celles-ci s'adressent directement à l'initiative manipulatrice du conducteur, celles-là requièrent, pour qu'on dispose justement d'un véhicule manipulable, la médiation d'autres assujettissements. Qu'on songe à ces copieux cahiers des charges, publiés au *Journal Officiel*, qui détaillent, croquis à l'appui, les directives de fabrication. L'automobiliste se soucie ordinairement peu d'une concrétisation dont les constructeurs font leur affaire, sur le front mouvant où se réajustent sans cesse normes techniques et normes juridiques, recroisées en brevets et homologations. Il n'est guère plus au fait des cahiers des charges internes aux entreprises, dans lesquels il figure pourtant sous forme de cible commerciale - destinataire des campagnes publicitaires qui visent à remplir les carnets de commandes. Or ce discours de séduction ne se développe pas de façon simpliste au rebours, ou même indépendamment des consignes du Droit : avouons qu'il n'est pas si fréquent de voir invoquer, dans la publicité de biens d'équipement, le texte d'un décret ou d'un arrêté. Mais en matière d'équipements automobiles, le constructeur ne se contente pas de spéculer sur les convoitises qu'engendrent ces "signes statutaires" (48), il sait aussi utiliser à bon escient la référence juridique ; face à un public ignorant, et que remuent diversement peur du gendarme et peur de l'accident, il joue également de l'ostentation et de la dissimulation des contraintes, suivant les variables besoins des "arguments de vente". Un déplacement ingénieux convertit toujours, en tout cas, l'impératif en optatif, au prix d'une interprétation assez compréhensive de cette catégorie dont nous avons remarqué l'existence réglementaire : le facultatif. Là où le législateur, désireux d'enrayer d'inquiétantes échappées de machines, tend une perche à la technologie, le commerce s'engouffre avec son cortège d'options. Les avertisseurs, en particulier, échappent d'autant moins à ce tourniquet publicitaire que leur capacité à mobiliser les affects ne le cède en rien à l'éventail des variantes qu'est susceptible d'offrir leur aspect extérieur. Mais ce sont les feux qui auront ici la vedette : depuis qu'ils sont rentrés sous le capot, les avertisseurs sonores sont devenus, si l'on peut dire, les muets de ce sérail mercantile. Et on s'en tiendra cette fois à des

---

du 16 juillet 1954, qui stipule que tout appareil d'éclairage ou de signalisation doit être maintenu en bon état d'entretien.

(48) La formule est de P. Ricoeur (Préface à P. Verney, *Se ranger des voitures*, Paris, Klincksieck, 1986, 198 p.).

données récentes, car c'est la motorisation de masse qui a fait paradoxalement la fortune des mirages d'anti-standardisation (49).

La signalisation lumineuse donne doublement prise à cette exaltation du droit au choix qui sous-tend tout lancement de produit en économie de marché ; car son fonctionnement sporadique suppose la présence permanente, sur le véhicule, des dispositifs nécessaires à l'émission des signaux. Le discours publicitaire partage sa sollicitude entre les deux aspects, réservant plutôt aux supports la thématique esthétisante, et aux appareils qu'ils abritent un leit-motiv sécuritaire. Qu'il s'agisse de mettre à profit des latitudes délibérément accordées par la loi, ou de faire oublier à l'automobiliste que les dispositifs obligatoires garantissent une sécurité suffisante, la stratégie de surenchère interfère de manière complexe avec la juridicité vécue. Appuyée sur la passion autophile, dont elle a le plus grand intérêt à cultiver l'essor, elle justifie l'existence des "équipementiers", qui interviennent au moment de la "première" ou de la "deuxième monte", selon qu'ils collaborent avec le constructeur ou s'adressent directement aux conducteurs soucieux de compléter leur panoplie. Dans les deux cas, le mot-clé invoqué, "personnalisation", vise à transfigurer le rapport des agents sociaux à une des "grandes obligations" du Droit routier (50). La tendance, qui s'est manifestée dès les années 60 avec la "politique de gamme" (51), semble trouver autant de points d'application qu'une voiture compte d'équipements (52), et n'est pas près de s'inverser (53).

Là où le Code de la Route utilise les termes d'"équipements", d'"appareils" ou de "dispositifs" (54) pour évoquer les avertisseurs optico-acoustiques, les catalogues des fabricants et les journaux spécialisés emploient de préférence la dénomination d'"accessoires". Loin qu'il implique la moindre dépréciation de leur rôle, ce parti-pris terminologique explicite le détour qui conduit au contraire à une valorisation : l'alignement sur le système de la mode vestimentaire, dont on connaît le paradoxe fondateur -

(49) Ainsi, ce n'est qu'après la deuxième guerre mondiale que se réalise la greffe décisive du styliste sur l'ingénieur, à quoi l'on doit le "designer" (voir *Beaux-Arts*, numéro cité, p. 21).

(50) Voir *Code Route*, collection Baudry de Saumier, Paris, Flammarion, 1945, 55 p. ; p. 47 : l'éclairage fait partie des "grandes obligations" de la conduite, avec les avertisseurs sonores, la vitesse et le freinage. Pour les résonances psycho-juridiques qu'engage toute invitation à la liberté en matière d'équipements, on ne perdra pas de vue les mouvements associatifs qui dénoncent la réglementation routière comme un empiètement sur les libertés fondamentales (Auto-Défense), en favorisant l'amalgame entre réglementation, uniformisation et totalitarisme. La fringale de "personnalisation" n'est pas sans rapport avec cette conception : elle satisfait, au moins symboliquement, le besoin d'affirmer sa "vie privée" sur la "voie publique" ; la publicité dit tous les jours, à sa manière, comme cet avocat, Président de l'Association française des automobilistes, au moment où le débat sur les codes en ville faisait rage : "Le droit de conduire doit être un droit de la personnalité" (*Le Point*, n° 404, 16/22 juin 1980, p. 97).

(51) Voir P. Yonnet, *Jeux, modes et masses. La société française et le moderne, 1945-1985*, Paris, Gallimard, 1985, 380 p. ; p. 261/268 : au "fordisme", caractérisé par le règne du modèle unique, a succédé le "sloanisme", ou politique de gamme (du nom d'Alfred Sloan, directeur de la General Motors de 1923 à 1947).

(52) Voir L. Augier, "Essuie-glace, 75 ans de ballet", in *Science et Vie*, n° 788, mai 1983, p. 135/139.

(53) Du même auteur, "Pleins feux sur les phares", *Science et Vie*, n° 798, mars 1984, p. 94/99. Les U.S.A., où l'usage du "sealed beam" favorisait la standardisation, se rapprochent depuis 1983 des pratiques européennes ; l'industrie japonaise, elle aussi, "personnalise" désormais avec ardeur.

(54) Voir, par exemple, la rédaction de R.42, 89, 93, 94 ou l'intitulé du Titre III du Livre II.

l'accessoire, c'est l'essentiel (55). Le style de la carrosserie (56) n'est accompli, dans cette perspective, que si des équipements-satellites l'imposent, à force de gravitations harmonieuses, comme un succès d'ajustements - matières, formes et couleurs mêlées (57). Les supports de lumière n'échappent pas aux brouillages hiérarchiques que les "lois de la mode" ont encouragés dans l'habillement : l'effet-assortiment, qui fait supplanter la fonction utilitaire d'un objet par sa mission esthétique, mais lui rend au centuple, au bout du compte, son importance, puisque c'est sur lui, devenu critère décisif de bon goût, que peut se jouer le sort de l'ensemble ; l'effet-"must", qui substitue à l'obligation légale la force contraignante des signes de prestige social. Ce ne sont pas les moindres des raisons qui rendent précieux à la publicité automobile le recours à la notion d'accessoires : ils ouvrent tout grand l'horizon du Code sur un domaine dans lequel les mœurs ont quasiment le monopole de la régulation.

Pour mesurer à quel point les appâts de la "distinction" ont la partie belle avec les feux, on songera qu'il est une autre fonction automobile dans laquelle l'électricité joue un rôle déterminant, mais qui connaît la disgrâce d'être insoupçonnable à l'œil : c'est l'allumage (58). Les marqueurs lumineux, en revanche, se prêtent aisément aux fascinations de la mise en scène : non seulement ils sont utilisables de jour comme de nuit, mais, du fait de leurs "diffuseurs", ils affichent en permanence, le jour, une espèce de latence lumineuse, due aux couleurs et aux matières spécifiques des supports. Sans entrer dans des descriptions détaillées, on évoquera la prodigieuse inventivité dont les designers font preuve en la matière, et la profusion de combinaisons qu'ils mettent en œuvre : d'une marque à l'autre, d'un modèle à un autre, d'une option à une autre, la palette chromatique réglementaire (59) se marie à la teinte de la carrosserie, comme le dessin des feux à sa ligne. Avec la nécessité d'harmoniser, au surplus, deux ensembles distincts aux deux extrémités du véhicule. À l'avant, les projecteurs optent pour le rectangulaire ou pour le

---

(55) Le chapitre des "accessoires" est très régulièrement abordé dans les magazines et jamais les journalistes ne résistent à ce jeu de mots, confusément ressenti comme un point crucial du message (dernier exemple en date, dans *Elle*, n° 2333, 24 septembre 1990 ; on y présente 42 pages d'"accessoires essentiels qui donneront le ton de la saison" : gants, sacs, foulards, ceintures, montres, chaussures, collants, lunettes, bijoux, et "outils de beauté"). Pour l'emploi "automobile" le plus récent, voir l'intitulé d'un des chapitres ("L'accessoire est l'essentiel") du livre *Cent voitures et sans regrets*, par Ph. Bouvard, Paris, Latès, 1990, 227 p.

(56) De la "robe" du cheval à celle de l'automobile, le passage devait se faire sans encombre. Mais la rencontre des élégances automobile et vestimentaire s'est effectuée de diverses manières : dans les années 30, les grands "concours d'élégance automobile" mettaient les élégantes au défi de réaliser l'assortiment de leur toilette, de leur carrosserie, et de leur chien. Aujourd'hui, les grandes marques lancent des vêtements publicitaires. Les deux domaines ont des affinités qui ne sont pas seulement métaphoriques.

(57) Quoique les feux soient encadrés dans les ailes depuis les années 30 -on parle d'aérodynamisme depuis le Salon de 1932 au Grand Palais-, ils font partie intégrante du décor, et sont toujours utilisés comme des atouts esthétiques.

(58) Aussi l'image publicitaire qui vante les bougies NGK a-t-elle logiquement recouru à la transposition : elle présente une BMW tous phares allumés.

(59) La couleur des diffuseurs a d'abord coïncidé avec celle des feux réglementaires (plastiques blancs, rouges ou orangés) ; ce n'est plus systématique (voir ci-dessous). On notera que la terminologie consacre la percée de l'automobile dans l'esthétique, puisque la couleur orangée, ou ambre, est officiellement appelée "jaune-auto".

rond, pour une ou plusieurs paires (60), et sont diversement coordonnés aux autres instruments de signalisation (61) ; à l'arrière, ce sont des débauches de marqueterie : empilés ou étirés, carrés, rectangulaires, arrondis ou trapézoïdaux, lisses ou cannelés, les diffuseurs et catadioptrés contribuent si fortement à la physionomie du véhicule qu'ils sont quelquefois devenus des baromètres d'innovation technologique (62). Ce sont aussi des marqueurs caractéristiques, dans la mesure où l'interprétation des blocs optiques à l'avant et à l'arrière se partage entre deux grandes tendances : celle qui consiste à jouer du contraste avec la carrosserie, et celle qui s'ingénie au contraire à les fondre dans le décor. Or l'expérience prouve que le choix du "look sportif" (63) va volontiers de pair avec une conduite agressive : le détail esthétique, quand il affecte un signe juridique, emporte bien plus que des présomptions socio-culturelles, il connote un certain type de relation entretenue avec le légalisme. Aux antipodes de l'attitude qui consiste à souligner les arêtes lumineuses du véhicule, on trouve l'effacement maximal, rendu possible par une redistribution des taches colorées (64) ; des effets d'assortiment raffinés font appréhender la voiture entière comme une "unité optique" (65) dans laquelle les avertisseurs lumineux sont discrètement enrobés, et réservent à l'usage effectif les éclats de leur chromatisme. Ce parti-pris accompagne la mode récente du bio-design (66), elle-même révélatrice d'une conception différente de l'habitacle : la référence insistante au corporel, le fait que l'aboutissement du discours

---

(60) Calandres à doubles ou quadruples phares (qui sont la griffe optique de BMW) ; l'adjonction de projecteurs supplémentaires peut modifier considérablement la "façade" du véhicule.

(61) Feux de position et indicateurs de changement de direction peuvent se trouver placés à côté, au-dessous ou au-dessus des projecteurs.

(62) Par exemple, au moment du lancement de la "Clio", Renault a symbolisé la "coupure" en abandonnant la désignation des modèles par des chiffres, mais aussi en transformant la disposition des blocs optiques arrière, qui, de verticaux qu'ils étaient sur la R 5 et la Supercinq, sont passés à l'horizontale.

(63) Voir par exemple le prospectus de la marque Sacex -la documentation a été réunie au Salon international Equip Auto 1989-, qui vante le "design moderne et personnalisé" des calandres à quatre phares, ajoutant qu'"elles donnent un look plus agressif, dynamique et sportif aux voitures". Les calandres surchargées sont rarement le signe d'une conduite tranquille. Signe inverse : les feux-stop additionnels sur la lunette arrière.

(64) Voir le catalogue d'accessoires de la marque Hella (1988) : on y explique le principe du "colour-design". Grâce à un système de filtres qui produisent, lors de l'éclairage, la couleur réglementaire, la couleur des phares éteints -cela vaut aussi pour les indicateurs de changement de direction- peut être assortie à celle de la carrosserie, du moins au blanc et au noir, qui représentent déjà en eux-mêmes un parti-pris de sobriété. C'est le jaune-auto qui fait principalement les frais de cette nouvelle tendance.

(65) Catalogue Hella cité, au chapitre de l'"auto-styling" : on propose d'assortir tout un ensemble, qui comprend une calandre à projecteurs intégrés, un spoiler arrière, et les enjoliveurs de roues, à la couleur de la peinture -sans oublier les feux avant (voir note 64). Quant aux feux arrière, qui conservent une palette de couleurs plus étendue, leur intégration dans une composition esthétique est assurée par le système des "prolongateurs de feux arrière", appelés aussi "plaque arrière de personnalisation" : les deux blocs optiques sont réunis par une espèce de bandeau qui en reproduit les couleurs et fait fonction de catadioptrés supplémentaires à l'occasion (voir le catalogue Sacex, où les "plaques rouges arrière" sont conçues comme des diffuseurs).

(66) Luigi Colani fut le pionnier de ces carrosseries qui évoquent la rondeur du corps humain -l'anglais, avec "body", assemble les deux sens- et ont aujourd'hui la faveur des constructeurs soucieux de capter le mouvement de sensibilité écologique (voir par exemple, dans *L'Automobile*, avril 1990, p. 80, la présentation d'un produit du bio-design japonais).

esthétique s'affirme comme résolument esthéticien (67), invitent à reconnaître, sous l'apparente futilité de tels soucis, un potentiel éducatif que ne désavouerait pas la Prévention routière. La sécurité gagne du terrain quand les conducteurs tiennent à leurs feux comme à la prunelle de leurs yeux. Il s'en faut, toutefois, que le "design" coïncide toujours de manière euphorique avec le meilleur choix sécuritaire, ou le comble du luxe avec la maîtrise du lux (68). C'est une déduction qu'autorise rétrospectivement le discours publicitaire, quand l'évolution technique permet de proclamer la résolution de certains dilemmes (69) et de superposer très efficacement argument esthétique et argument sécuritaire.

Quant au registre qui exploite, pour vendre lampes et projecteurs, la hantise du choc plutôt que le souci du chic, il illustre les ambiguïtés d'une divulgation dans laquelle le Code et la technologie sont invoqués en vue de stimuler complémentirement le frisson du nouveau et le besoin de sécurité juridique. Car la question est de voir le mieux possible sans empêcher les

---

(67) Ce n'est pas un hasard si Hella distribue Sonax, "la première ligne de soins et de beauté pour l'automobile" et si l'image retenue sur l'affiche publicitaire (par exemple, *Le Monde de l'Automobile*, octobre 1989) associe un projecteur allumé à la silhouette d'une chute de reins dénudée. Lumière à fleur de peau, appel à la sensualité et rappel de fragilité, inséparablement. (68) Rappelons que le flux lumineux, l'intensité lumineuse et l'éclairage se mesurent respectivement en lumen, candelas et lux. C'est à propos des feux avant que s'est élevé un conflit de priorités, quand le "virus aérodynamique", venu d'Amérique dans les années 30, puis disparu pendant près d'un demi-siècle, fait un retour en force dans les années 80 sous forme de l'obsession du CX (voir *Beaux-Arts*, n° cité, p. 18), qui exige capots plongeants et projecteurs rapetissés. Or la loi de Blondel -l'éclairage d'un projecteur est le produit de la brillance du filament par la surface du réflecteur- donne catégoriquement la supériorité aux phares de plus grande surface, et notamment à la forme rectangulaire, qui s'est imposée dans les années 60. La solution des phares rétractables -inaugurée en 1936 par la Cord 810 de Gordon Buehrig- est restée très marginale et discutée (voir, par exemple, *L'Automobile*, n° cité, p. 80, la critique de la Toyota Celica 2.0 G.T.I. 16 : "la question des appels de phares n'a pas été résolue de façon simple et satisfaisante"). Pourtant, la hauteur moyenne des projecteurs a diminué sans cesse, passant de 15 à 8 cm (voir *Le Journal de l'Automobile*, n° 160, 3 nov. 1986, p. 46/47) et faisant déplorer aux techniciens que l'automobile soit devenue "le produit industriel le plus étroitement comprimé par ses codes esthétiques" (*Beaux-Arts*, n° 77, mars 1990, p. 132). Le conducteur ne trouve aucune garantie, de ce point de vue, dans les modèles de luxe, où sévit même tout particulièrement la tyrannie des stylistes : en témoigne l'anecdote rapportée dans la *Revue technique automobile*, n° 492, juin 1988, p. XLV ; sur la Mercedes Benz série S de 1972, les projecteurs anti-brouillard étaient montés, par la faute des designers, à une hauteur qui était un véritable non-sens optique.

(69) Ainsi la marque Valeo vante-t-elle "une nouvelle génération de projecteurs", les "surface complexe", qui répondent "aux tendances modernes du style conduisant à une réduction progressive de la hauteur des projecteurs" (catalogue 1989 ; voir aussi *Auto-Volt*, n° 630, mai 1988, p. 15 : "Éclairage et signalisation, des techniques de pointe pour un environnement toujours plus sévère"). Cette recherche est activement poursuivie, du côté des lampes sans filament, dites "à décharge", à cause de la petitesse de la lampe, idéale pour rouler lumières allumées en permanence, du fait de sa faible consommation et de sa très longue durée de vie, mais qui a le défaut de ne pas s'allumer instantanément -encore le problème des avertisseurs lumineux (voir le prospectus Osram-Spot, spécial Quojem-Equip'Auto 1989 ; Osram présentait la GDL au Salon. La description lyrique de ce qui est annoncé comme "l'éclairage-auto du XXIe siècle" ne mentionne aucunement l'inconvénient que nous signalons et qu'explicite la *Revue technique automobile*, n° cité). Certains pensent que la réalisation de projecteurs miniaturisés permettrait de révolutionner l'aspect des véhicules, sur lesquels les feux avant deviendraient un bandeau lumineux placé au-dessus du pare-brise, cependant que les feux arrière seraient remplacés par des LED -panneaux qui juxtaposent des diodes lumineuses (voir *Le Journal de l'Automobile*, n° 166, 9 février 1987, p. 26/36).

autres de voir : une réglementation minutieuse s'efforce d'y veiller, qui concerne au premier chef les feux avant, et fraye la voie à la thématique commerciale. Mais celle-ci procède à des infléchissements révélateurs, parce qu'elle s'appuie sur l'esprit de conquête dont s'alimentent les avancées techniques. D'où l'insistance presque exclusive sur les miracles à attendre du matériel (70), en décalage sensible sur les discours moins exaltant que tiennent les porte-parole de la Sécurité routière. Et, en général, une référence pour le moins ambivalente à la notion de limite sans cesse en voie d'abolition (71), dans un domaine où la légalité s'exprime obstinément par la limitation. Car l'ingéniosité publicitaire est grande, quand il s'agit de présenter la nuit transfigurée comme mère de sûreté (72). Mieux encore : un succès commercial peut considérablement profiter du fait que tel nouveau produit a provoqué chez les conducteurs légalistes l'expression d'un véritable trouble juridique (73).

(70) Le nombre de brevets déposés dans l'année est un argument publicitaire, que l'on voit figurer sur les prospectus (par exemple, Valeo). Or on sait que la sécurité dépend aussi bien de certains paramètres qui intéressent l'entretien, que du choix initial de tel ou tel matériel, dès lors qu'on satisfait au minimum légalement requis : les conditions de conduite optimale passent par des lampes neuves, des réflecteurs en bon état, des glaces propres et éventuellement des essuie-phares, un pare-brise nettoyé à l'intérieur comme à l'extérieur, des contacts révisés, et, naturellement, un réglage attentif du site des phares (ce dernier point fait désormais partie, au même titre que les recommandations sur le gonflement des pneus, des consignes radio-télévisées à la veille des grandes migrations automobiles). Voir, par exemple, "L'éclairage des voitures : un chapitre souvent sombre", *Touring (Journal du Touring-Club suisse)*, n° 48, 2 déc. 1976, p. 3.

(71) Voir les slogans lancés par Hella : "Repoussez les limites de la lumière", ou "Passez à la lumière supérieure", qui laissent entendre que l'obscurité ou les mauvaises conditions atmosphériques ne seront plus d'aussi lourds handicaps pour la vitesse. Dans ce contexte, la publicité encourage la confusion entre voir, qui est affaire d'éclairage, et prévoir, qui oblige à tenir compte, par exemple, des incompressibles distances d'arrêt. Cela grâce à un jeu sur le double aspect des limites - "naturelles" et légales. Cibié, dans les années 30, vantait déjà "le phare de grande allure".

(72) On accordera l'attention qu'il mérite au nom choisi par la branche Philips Éclairage : Norma. Accompagnant les slogans "Norma veille", "Ne vous mettez pas en infraction", "Accordez à votre sécurité la lumière qu'elle mérite", "Une arme pour votre sécurité", "Les yeux de la nuit", une image de voiture de police, immatriculée dans le Mississippi, phares allumés, à côté de laquelle se tient, en tenue, un représentant des forces de l'ordre. Le symbole de vigilance - dont ne sont pas absentes, références cinématographiques aidant, quelques connotations "justicières" - réalise une euphémisation fascinante de l'agressivité lumineuse (n'oublions pas que les véhicules de police sont légalement surconsommateurs d'avertisseurs optiques) et du privilège circulatoire (les mêmes voitures ne connaissent pas les assujettissements ordinaires aux limitations de vitesse), si bien que ce déploiement de légalisme est pimenté par l'évocation du niveau où, justement, se transcendent les normes.

(73) On pense au lancement de la lampe H4 Gold, de Norma, qui fournit la lumière jaune réglementaire non plus par l'intermédiaire d'une double enveloppe, mais grâce à l'application directe sur le quartz d'un revêtement spécial ; la nouvelle technique permet un gain d'éclairage de plus de 20 %. Cependant, la teinte est assez différente de celle des lampes classiques - reflets bleutés, surtout latéralement - pour avoir déclenché malentendus et polémique : s'agissait-il d'une introduction subreptice de phares blancs ? Le "Courrier des lecteurs", dans les journaux spécialisés, s'est fait l'écho des plus folles rumeurs, et a permis des mises au point réitérées. Exemple : en novembre 1989, *L'Automobile*, n° 521, p. 98, à la rubrique "Accessoires", présente la nouvelle lampe sous le titre alléchant "Lumière en or" (notons que le terme "gold" a été malicieusement rapporté par les journalistes au prix élevé de l'objet, aussi bien qu'à l'allusion au réglementaire "jaune sélectif") ; dans le n° 523, janvier 1990, p. 18, même rubrique, il faut néanmoins rassurer sur l'homologation un lecteur inquiet qui n'y voit que du blanc et dit "Éclairiez-moi !" ; mais dans le n° 525, mars 1990, p. 90, rubrique "Opinions", un autre lecteur s'insurge, et apporte son témoignage : il a vu la gendarmerie pénaliser des conducteurs munis de H4 Gold, et entendu raconter que ces lampes

C'est que l'automobiliste scrupuleux n'ignore nullement -encore qu'il ne sache pas toujours délimiter exactement la zone du licite- l'hiatus dont il risque de faire les frais, s'il se procure un matériel qui est autorisé à la vente, et interdit à l'utilisation (74). Ces subtilités ne sont pas étrangères au charme piquant d'objets dans lesquels on est tenté de voir l'équivalent, côté technologique, de ce que l'accessoire concrétise pour l'orientation esthétique du discours persuasif : à savoir, le gadget (75), offert le plus souvent en "kit". Il flatte les tendances ludiques et un goût du sensationnel que la rhétorique des journalistes exacerbe à plaisir : la magie sécuritaire pousse ainsi le principe de la signalisation -s'arranger pour être vu, même quand on ne voit pas- jusqu'au point où il s'inverse en fantasme -voir sans être vu (76). De même, les tableaux de bord, sur lesquels doivent figurer certains "témoins d'enclenchement optique", exhibent, à grand renfort d'électronique, le spectacle intérieur de leurs surbrillances. À la jonction de l'accessoire et du gadget, déjà, pointerait la "voiture-swath" (77).

Quoiqu'on les trouve sans difficulté en kits, et qu'ils aient bénéficié, dans la thématique sécuritaire, d'une percée relative (78), les avertisseurs

sont interdites à l'utilisation ; cette fois, la réponse, plus détaillée, donne la référence de l'homologation, fait état de difficultés pendant la phase d'industrialisation, et assure que Philips procède à l'indemnisation des automobilistes qui ont été victimes de gendarmes mal informés. Les dessinateurs y sont allés de leur humour, comme celui qui a figuré un client à tête de voiture en train d'essayer chez un opticien des lunettes-phares aux verres blancs, puis jaunes, et à qui le vendeur annonce triomphalement : "demain, nous en recevons des bleutés" (*L'Action automobile et touristique*, avril 1990, p. 139). D'autres bruits couraient, selon lesquels des conducteurs arrêtés exhibaient à la maréchaussée un certificat de conformité qu'ils avaient eu la prévoyance de se faire établir en achetant les lampes. Bref, un des avantages non négligeables de ce produit semble avoir été le plaisir qu'il a procuré de la fausse infraction, de la transgression innocente, de l'indiscutable "bon droit", plaisir ranssime que les conducteurs ordinairement culpabilisés ont tenu à savourer.

(74) Un seul exemple de dispositifs qu'il est plus facile d'acheter que d'utiliser : les gyrophares.

(75) Quoique l'étymologie en soit discutée, il semble que le mot rendu au français par l'anglais ait un rapport avec "gâchette" : arme de bricoleur, le "jouet pour adulte" est adapté par la Sécurité routière au bénéfice des enfants, submergés de cadeaux fluorescents (catadioptrés pour les vélos dans les boîtes de corn-flakes, par exemple).

(76) C'est la fameuse "lumière invisible" (voir *L'Action automobile et touristique*, avril 1990, p. 17 : "SAAB et la lumière invisible" et *L'Automobile*, mai 1990, p. 10) annoncée dans le cadre du programme suédois "Prometheus" le bien nommé. Il s'agirait d'ajouter aux feux de croisement des phares ultra-violetts qui, sans éblouir les autres usagers, à qui ne seraient visibles que deux petits points bleus et rouges, supprimerait le "trou noir" du croisement, percerait le brouillard et gommerait le "mur blanc" en cas de neige. En réalité, ce n'est pas véritablement un éclairage, mais plutôt un révélateur d'obstacles qui fait apparaître dans une lumière bleutée les surfaces pâles et, mieux encore, tout ce qui est fluorescent. Le phénomène est comparable à celui qu'on observe dans les discothèques et les boîtes de nuit : on admirera, ici encore, l'ambiguïté de ce rapprochement. Les rayons ultra-violetts prendraient ainsi le relais des rayons infra-rouges utilisés dans le même but (voir *Science et Vie*, n° 401, février 1951, p. 136 : "Phares d'automobile à lumière invisible" : des filtres, sur les phares, ne laissent passer que les rayons infra-rouges des lampes ; pour les voir, il faut des jumelles spéciales ; l'éclairage est assez bon pour qu'on puisse rouler à 50 km/h) mais sans lendemain.

(77) Voir *L'Automobile*, mai 1990, p. 18 : la Société suisse de Microélectronique et d'Horlogerie (SMH) se préparerait à rééditer en 1993, pour symboliser la résistance de l'industrie automobile européenne à la concurrence nipponne, l'exploit commercial qui concernait en 1983 les montres bon marché.

(78) Rappelons que, depuis le D. 5 février 1969 (article R. 94 du Code de la Route), seul l'avertisseur dit "de route" est obligatoire. Les équipementiers présentent toujours en même temps l'avertisseur facultatif, dit "de ville" (exemple : prospectus Hella) en insistant dans

sonores, réduits par la publicité comme par la législation à la portion congrue, ont fait l'objet d'une curieuse dérive : loin d'être menacés, dans l'usage, du risque de tarissement (79), ils désignent désormais, aussi bien que le klaxon, l'alarme anti-vol, sur laquelle les catalogues sont beaucoup plus loquaces, et qui vient d'accéder au statut légal (80). On assiste à un déplacement significatif, puisque les professionnels de l'équipement entendent par "son automobile" les secteurs de l'alarme, du téléphone et de l'auto-radio (81). La communication élémentaire du conducteur à son environnement immédiat (klaxon et alarme) se double des ressources, de plus en plus sophistiquées, offertes par la télécommunication (téléphone et auto-radio). Désormais équipable en compact-disques, vidéo-disques et RDS (radio data system), l'auto-radio alimente à la fois la thématique sécuritaire par les possibilités d'information qu'il donne sur l'état du trafic routier, et la thématique esthétisante, qui célèbre le charme intimiste du salon de musique itinérant (82). D'une manière générale, il ne serait peut-être pas trop hasardeux d'interpréter l'intronisation du spectacle optico-acoustique à l'intérieur du véhicule comme un effet compensatoire des limitations réglementaires qui brident l'émission des signaux, voire comme un facteur susceptible de concourir à l'adoucissement des mœurs automobiles.

On remarquera, pour finir, que lorsque le gadget prétend réaliser l'assomption du légal en alignant la sécurité sur l'automatisme mécanique, il en trahit ou en dissimule une dimension essentielle : le Droit routier laisse une grande liberté de choix en matière d'équipements mais il oblige aussi au choix, constamment, quand il s'agit d'adapter leur usage à la conjoncture circulatoire. Or le gadget, qui procède du premier aspect, induit volontiers le conducteur en tentation d'échapper au second ; l'initiative et la liberté d'appréciation sont présentées comme un fardeau dont on pourrait esquiver l'assujettissement grâce à la docilité des machines (83). Les trouvailles ingé-

---

les deux cas sur la puissance nécessaire soit pour "surmonter les bruits du moteur, du vent et des pneus, à grande vitesse" soit pour "effacer les bruits de fond divers de la circulation urbaine". Il est effectivement reconnu qu'entre 80 et 130 km/h, l'avertisseur monté d'origine s'avérera insuffisant (voir *L'Automobile*, n° 203, mars 1963, p. 67/70) ; l'efficacité incomparable de ce signal en cas d'urgence a même donné lieu à des articles de "réhabilitation" (voir *Revue automobile*, n° 25, juin 1952, p. 13 : "L'avertisseur, accessoire méconnu", ou *L'Automobile*, n° cité ci-dessus : "L'avertisseur, son importance", où l'on lit : "Mieux vaut prévenir que mourir. Brimé par les autorités, l'avertisseur doit reprendre sa place" et où l'on déplore que les conducteurs, dissuadés de l'utiliser en ville, aient tendance à en perdre l'habitude sur route). En fait, la législation est devenue draconienne sans provoquer l'indigence signalisatrice redoutée.

(79) En témoigne suffisamment un des slogans mnémotechniques affichés dans les rues de Paris (automne 1990), à l'occasion de l'"opération axes rouges" : "Circulation fluide sans avertisseur, pour les riverains c'est le bonheur".

(80) Depuis le 22 octobre 1988. On voit le chassé-croisé réglementaire : l'agressivité sonore de la voiture en marche est refoulée, cependant qu'émerge la défense bruyante de l'automobile garée, victime d'agression. Avatar étonnant de la sécurité routière, qui s'étend à la protection sur la voie publique de biens privés, grâce à une espèce d'appel à témoin.

(81) Voir *Le Monde de l'Automobile*, octobre 1989, p. 4 : "L'espace son à Equip'Auto".

(82) Par exemple, le slogan de Pioneer : "Le grand voyage est à l'intérieur". Voir *L'Automobile*, avril 1990, p. 106/110 : "La valse à quatre temps". Il semble qu'on puisse rapporter aux progrès de la sonorisation automobile le choix des noms musicaux pour certains modèles récents : R 21 "Symphonie", Honda "Concerto", ou "Prélude".

(83) Pour expliquer la force de la tentation, on rappellera que, "selon certaines études, un conducteur, sur un kilomètre, doit faire deux cents observations et prendre vingt décisions" (Couvrat et Massé, op. cit., p. 5).

nieuses pullulent, qui visent à soulager l'attention, la mémoire, la volonté, de l'automobiliste et cachent plus ou moins bien leurs racines oniriques (84). La méfiance, à cet égard, des instances homologatrices, montre ce qui sépare le rassurant du sûr, et le risque qu'il y aurait à fonder sur la peur de la défaillance la croyance en l'inaffabilité machinale. En matière d'avertisseurs, toutefois, les possibilités de suppléance sont tellement restreintes, qu'elles se limitent à la commande automatique des feux (85) ; les atouts de l'électronique se manifestent plutôt dans le télé-maniement du véhicule (86) ou dans la réception de signaux d'avertissement (87) que dans leur émission au sens strict. Les auto-signaux ressortissent bien à la décision responsable -même fantaisiste- de l'"homo automobilistico-juridicus".

Ainsi donc, la subtilité commerciale contourne d'emblée, dans le discours publicitaire, l'appréhension trop frontale des émetteurs de signes juridiques montés sur les automobiles. Non que l'obligatoire manque d'intérêt, ou soit par essence insusceptible d'être connecté avec ce qu'on imagine du plaisir d'autrui -ici, le client. Mais, du fait même qu'il est irréductible, programmé très en amont de la conception industrielle du produit, il bénéficie d'une sorte de consensus gratuit qui économise le texte-vendeur, déplaçant sa mise en scène sur le terrain de la monstration et des délicats arrangements empiriques. Tant d'efforts pour redessiner à l'infini des blocs optiques juridiquement indiscernables ne s'expliquent pas autrement : l'éloquence est ici plus volontiers prise en charge par les images que par les mots. Quand le Droit parle haut, il ne reste guère à dire, quoiqu'il y ait fort à faire. Le discours peut alors faire chatoyer d'autres objets, techniquement comparables puisqu'ils produisent de l'audible et du visible, mais que leur a-déonticité -ce sont des "indifférents" juridiques, relativement au cahier des charges qui impose les équipements nécessaires pour circuler- confine dans un état d'accessoires plutôt fragiles, par là consommateurs d'étayages discursifs. D'où l'impression de disparate qui ne manque pas de se faire jour quand on s'essaie à cartographier l'accentuation publicitaire des sons et des lumières,

---

(84) Pour éviter l'étourderie qui consiste, en oubliant ses feux, à décharger la batterie, on a imaginé (brevet demandé le 16 septembre 1977 par MSR Gesellschaft für Mess-Steuerungs- und Regeltechnik MbH, Cremlingen, Allemagne) un avertisseur sonore associé au circuit des phares. En 1945, on espérait beaucoup des phares pivotants, placés sous la dépendance de l'organe de direction (voir *Auto-Volt* n° 161, mai 1945, p. 5/6). On a pensé aussi à un réglage rhéostatique de l'intensité lumineuse des phares en fonction de la vitesse (voir *Bus and Coach*, juin 1953, p. 205). Les Cadillac se sont distinguées par le phare latéral, qui s'allumait automatiquement quand on enclenchait le clignotant, pour éclairer la route dans les virages (voir *L'Équipe*, n° 4895, 27 déc. 1961, p. 3). On sait que les versions "luxe" de l'ID et de la DS Citroën bénéficièrent de projecteurs route pivotants (voir *L'Auto-journal*, n° 436, 31 août 1967, p. 6) : imitation du mouvement des yeux ? Il fallut pourtant constater que l'éclairage de la route n'y gagnait guère.

(85) Le contacteur "Lumandar" (voir *L'Officiel de l'Automobile*, n° 8, 20 avril 1957, p. 13) commandait les feux de bord en fonction de la lumière du jour. Les Italiens ont proposé "Gipo 410", dispositif transistorisé de commande automatique des phares (voir *L'Auto-Journal* n° 350, 14 mai 1964, p. 37), avant que n'apparaisse la commande électronique de l'éclairage (voir *Auto-Volt* n° 382, sept. 1967, p. 31/34). Aujourd'hui, le produit recommandé est suisse, il s'appelle "Selflight" et, en publicité, "l'éclairage intelligent" (voir *L'Automobile*, nov. 1989, p. 109, et janvier 1990, p. 78).

(86) Comme le déverrouillage des portes à distance.

(87) Ainsi en sera-t-il du "radar anti-collision", impatientement attendu : mais il faudra être attentif au signal, à défaut de surveiller l'écart qui sépare son véhicule des autres. Ce radar fonctionnerait aux infra-rouges (*Information France-Inter*, 31 déc. 1989).

obligatoire et optionnel se partageant des modes de représentation devenus spécialisés, quoiqu'ils soient malgré tout fédérés par la proximité technologique et matérielle des objets à vendre. Alors la finalité commune à ces divers éloges des instruments sémiophores -rendre le mouvant assez émouvant pour fixer, un temps, la demande, fabriquer de l'"émotionnel" avec du nécessaire, et inversement -, loin d'être opposable d'une façon sommaire à la visée légaliste, peut s'en accommoder le mieux du monde. C'est bien la racine solide du compromis sémio-juridique : la sécurité est vendable si elle fait vendre, et la vue n'est publicitairement la vie que si elle est la vie "en beau". L'étalage des drames de la route, contrepoint de l'étalement des départs, rend intolérable l'affichage de contradictions trop flagrantes entre cœur privé et raison publique, ou entre chœur public et déraison privée. De la prévoyance inlassablement prêchée aux conducteurs par les canaux officiels, aux incitations à la clairvoyance de l'acheteur (88), il n'y a qu'un pas, tant le commerce des autres et le commerce des choses sont ici bord à bord. Comment solliciter le sens de la mesure sans, peu ou prou, promouvoir le sur-mesure ? Les sirènes de l'ajustement (89) n'en finissent pas d'annexer à la culture proprement automobile les prestiges de Muses ultra-modernes. Toute la tendance actuelle à présenter la voiture et comme un lieu de vie (plutôt que de mort), et comme une épure du savoir-vivre (plutôt que du devoir mourir), consolide l'engagement sécuritaire au moins autant que peut le faire une pédagogie technicisée. Tel est le double encadrement -le publicitaire est un bon "vitrinier"- de la vision "accidentologique" du transport individuel mécanisé : installation de la sécurité objective par la prescription de dispositifs spéciaux et adaptés, instillation de la sécurité subjective par la latitude laissée au capitonage excédentaire. Pour les avertisseurs, qui interpellent non sans vigueur la vue et l'ouïe, la mutation connotative est sensible, par laquelle on édulcore systématiquement la projection agressive, au profit d'un dynamisme vital sympathique, symbiotique même. Non seulement la trompe se musicalise, mais les feux cousinent parfois avec l'éclairage d'appoint photographique (90), le "flash". L'automobile vient alors jouxter deux zones d'activités assez chères, souvent ludiques, dont les accès -c'est loin d'être un hasard- ont été considérablement élargis depuis une vingtaine d'années. Civilisée, hédonisée, déculpabilisée enfin, l'automobile se montre victorieuse du Droit vainqueur, et triomphe, au kilomètre, sous les portiques lumineux qui arborent la version routière du tricolorisme national. Apprivoisé, le civisme est un des arts du bien vivre, avec la table, les bouquets, la politesse. Dans la communication avertissante, le Droit, qui vit là de choix et d'exhibition, n'est pas mal servi par l'exploitation publicitaire de la polysémie rayonnée. Quand la vue, c'est la vie, tout éclairage, même indirect, est le bienvenu dès lors que, délibérément, il en met "plein la vie" (91) et promet une vie bien pleine.

---

(88) Voir le slogan de Volkswagen : "C'est pourtant facile de ne pas se tromper".

(89) L'ensemble des préparations mécaniques ou esthétiques qui permettent la personnalisation des voitures de série s'appelle le "tuning", exactement "harmonisation" ou "mise au point" (en anglais, la métaphore mécanique du réglage se superpose au sens musical de l'accord).

(90) "Auto" et "photo" sont sœurs en apocope -et en rime hardie comme dans "La présentation de la Beauce à Notre-Dame de Chartres" (strophe 56). Euphémisation de l'arme, la photographie, capture innocente, fixe la vie au lieu de figer dans la mort.

(91) On se réfère ici à l'affiche ("elle en met plein la vie") qui accompagne le lancement de la "Clio" chez Renault : ce jeu de mots, à lui seul, est un signe qui date la voiture (été 1990). Le

## 1.2. LIBERTÉS SÉMAPHORIQUES

L'habitude de voir le Droit routier s'étaler tout au long des routes, investir le moindre accident de terrain, bref l'expérience quasiment unique, dans la société, d'un Droit éminemment visualisé, pèse peu ou prou sur l'appréciation de formes signalétiques fugaces : comme si la juridicité qui, structurellement, se manifeste par éclipses, risquait d'être éclipsée en juridicité parce qu'elle est condamnée à la disette pictographique (92). Privés du decorum officiel que procurent les panneaux routiers, les avertisseurs ont mission d'éclaireurs, sur le terrain -bien vague- des accidents topologiquement imprévisibles. Rien d'étonnant si la parcimonie figurative est rattrapée par l'émancipation coutumière, une pléthore idiomatique à laquelle son intermittence déambulatoire assure une liberté grande. L'usage a ses raisons, qui ne contrarient pas toujours celles de la raison écrite, et que le Droit-Soleil sait à propos laisser dans l'ombre. Par contraste avec la richesse de l'encadrement juridique dont bénéficie leur richesse proprement technologique, les avertisseurs, on l'a vu, se distinguent par la pauvreté des consignes relatives à l'usage sémiologique qu'il leur est possible d'assumer. Entre l'infraction par défaut et l'infraction par excès telles que les envisage le Code, il y a place pour une foule de signaux qui ressortissent à la créativité communicante plus qu'à la franche illégalité, et qui importent trop à la sécurité pour qu'on refuse d'en explorer les apparentes impertinences : un néologisme, jamais, ne fut une faute de langue.

L'une des propriétés sémiologiques des avertisseurs optico-acoustiques révélerait alors toute sa fertilité ; ils opéreraient, au sein du Droit routier hypervisible, le croisement de la partie silencieuse de ce Droit avec les supports techniques les plus tapageurs. Exactement à l'opposé des panneaux routiers, où l'hypervisibilité sensible coïncide avec l'hypervisibilité juridique,

---

retournement symbolique est encore plus flagrant dans les séquences de publicité télévisée, où les avertisseurs lumineux peuvent être montrés en "activité". Un autre exemple récent (automne 1990) suffira pour convaincre du parti qui en est silencieusement tiré : présenter la BX "Millésime" sous une pluie battante, alterner ces images avec celles d'un bateau qui affronte une mer démontée, pour finir sur des appels de phares, la voiture arrêtée au bord d'un à-pic, c'est réussir d'une manière saisissante la métaphorisation esthétique-sécuritaire - l'automobile *est* un phare. Non contente d'assurer la sécurité de ses propres occupants, elle contribue à celle d'autrui et transcende les catégories des moyens de transport. Visiblement, la relation possible avec une attitude criminelle -celle des naufrageurs-, pourtant évidente, n'a pas été comptée parmi les hypothèses de lecture. Enfin, il faut défier le temps qu'il fait, le temps qui passe, les temps qui sont durs -sûreté de l'allumage, du diesel, de l'éclairage, économie d'énergie, choix d'un carburant moins cher- avant l'hiver et en pleine crise du Golfe : "Clio" ou "Millésime", la voiture est chrono-métrée.

(92) Les avertisseurs figurent dans le tableau des pictogrammes sous la forme d'un double hapax : un panneau pour les sons, et un pour les lumières. Ces signaux de rappel, qui intéressent respectivement l'application de R.34 et de R.40, se rencontrent dans deux cas où la consigne est effectivement "accrochable" à un endroit déterminé, pour une durée respectable. Si bien d'ailleurs qu'on n'a pas exactement affaire à un panneau, mais, dans chaque cas, à une paire de panneaux, qui limitent l'entrée et la sortie de la zone affectée par ladite consigne. Les panneaux B16 et B35, qui représentent une trompe barrée, surmontent assez souvent les panneaux indicateurs d'entrée et de sortie des agglomérations : on remarquera qu'ils durcissent le texte de R.34, lequel préserve la possibilité d'employer l'avertisseur sonore "en cas de danger immédiat". Les panneaux B29 et B49, qu'on trouve de part et d'autre des tunnels, ne recourent pas au symbole ; ils portent en toutes lettres : "Allumez vos feux" et "Fin d'allumage des feux".

on rencontre simultanément ici hypervisibilité sensible et hypovisibilité juridique, ce qui ne veut pas dire hypojuridicité, car le Droit est évidemment très présent, mais en douce. On s'aperçoit même, au bout du compte, qu'hypovisibilité juridique et hyperjuridicité peuvent se conjuguer, que l'hyperjuridicité n'est pas qualitative, mais quantitative : il n'y a pas de règlements plus ou moins juridiques que d'autres, il y a beaucoup de Droit partout, et là où parfois on ne l'attendait pas si dense. Un peu questionnée, la partie la plus fruste des attitudes routières est un raccourci vers le maquis juridique ordinaire, vers le Droit "de derrière", casuistique et subtilités.

### 1.2.1. Habit(u)s de lumière et petites sirènes

Le temps est passé des "cris" pittoresques dans les rues de Paris, mais les non moins célèbres "embarras", eux, sont toujours de saison. La capitale a si bien fait école que les avertissements ambulants sont prodigués, même -on pourrait aller jusqu'à dire : surtout- dans ces agglomérations dont la loi s'évertue à sauver la tranquillité. Les automobilistes y conjuguent par tous les temps, les sons et les lumières ; plus la circulation tourne à la corrida, plus ils précipitent l'échange des banderilles lumineuses et des menaces cornées. L'idiome cependant ne se confine pas dans la sphère de l'agonistique : il est capable d'exprimer toutes les nuances de l'affectivité, comme les paroxysmes antihétiques. C'est véritablement un système qui s'est ainsi constitué, de bric et de broc -ce qui ne signifie pas n'importe comment-, et que les conducteurs, quotidiennement, plébiscitent. Il convient d'accorder au phénomène une portée qui dépasse celle des familiarités -avec le Code, ou avec autrui- car les automobilistes ne peuvent plus, depuis longtemps, s'envisager sur un modèle "familial" (93). On a plutôt affaire, en l'espèce, à l'équivalent d'un jargon de métier -dont il faudrait souligner l'originalité, non seulement parce que la conduite automobile n'est pas réductible à une profession, mais aussi parce que ces pratiques défient la documentation. Seule la reproduction audio-visuelle rendrait commodément perceptible deux traits propres à ces pratiques : une forme qui se prête à d'innombrables variations, selon le nombre, le rythme, l'intensité des avertissements émis, et une signification éminemment contextuelle, qui n'est pas tant le résultat du signal en lui-même que du signal en situation, assorti d'un ensemble de paramètres satellites. Trop pauvres pour un dictionnaire, ces petits séma-phores sont en revanche trop riches pour une encyclopédie : c'est que les sons ici jouent des sous-entendus, et les lumières des ellipses. On se contentera donc d'esquisser le regroupement de "choses vues" -et entendues-, qui sont aux règlements comme à un thème musical d'importantes suites fuguées. Et, pour plus de clarté, on décrira successivement les usages que favorisent les sons, puis les lumières. En remarquant au préalable, et une fois pour toutes, que le Code a ouvert la voie à ces efflorescences coutumières par la prise en compte des situations d'exception : tout dépend du contenu que l'on donne à cet extraordinaire, et le glissement s'opère vite de la nécessité à l'opportunité, voire à l'opportunisme. C'est dire que les avertisseurs optico-acoustiques sont aussi bien avertisseurs de juridisme subjectif.

(93) Paul Morand, *Le voyage, notes et maximes*, Paris, Hachette, 1964, 126 p. ; p. 89 : c'était le temps "où ne passait qu'une voiture tous les dix kilomètres, lorsque, me disait Larbaud, on se saluait entre automobilistes comme des membres d'une même famille".

On explorera, tout d'abord, ce que l'on pourrait appeler les quatre tentations du klaxon. Ce sont autant d'interprétations tendancieuses de la fonction avertisseur, qui se partagent au surplus les registres de la pugnacité et de la convivialité. Une première utilisation "déviate" fait de la trompe, plutôt qu'une mise en garde préventive, un tapage à visée punitive : l'effetcharivari est observable au moindre encombrement, et à la suite de manœuvres inconsidérées qui ont fait frôler la collision. Exutoire selon les cas de l'impatience ou de la colère, il fait office de coup de poing abstrait, de coup de fusil en l'air, de fracas sans percussion (94). C'est un réflexe de légalisme offensé qui incite, comme on dit si bien, à "se gendарmer" : le klaxon ressemble fort ici au sifflet réprobateur de l'agent de police. Il s'y mêle rappel au règlement et prise à témoin courroucée, là où le silence risquerait d'être interprété comme un consentement : en ce sens, le scandale rattrape l'avertissement, dans la mesure où il décourage, à l'avenir, des comportements hasardés. Pas de circulation sans communication et contrôle intenses entre conducteurs. Chaque véhicule fonctionne comme une petite juridiction ambulante, et le klaxon y prend spontanément l'autorité de la chose jugeante. On remarquera le paradoxe, seulement apparent, qui fait commettre une infraction dans le but d'en réprimer d'autres : c'est probablement parce qu'il est frappé d'interdit que le klaxon a l'explosion dissuasive, puisqu'il est susceptible d'attirer d'autant mieux l'attention des fonctionnaires intéressés à sévir. Dans le cas de voitures qui en "bloquent" d'autres en stationnant quelques instants, ou, plus fréquent, celui des véhicules qui bouchent une rue le temps d'une livraison, le klaxon est même le signal attendu, l'appel qui met fin à l'abus ; ainsi aboutit-on à une perversion subtile de la légalité, avec un "code du klaxon", qui claironne ces innombrables micro-négociations dont vit le Code de la Route. On trouvera enfin une curieuse adaptation de la prévention sonore dans l'usage -très répandu dans les rues surchargées de Paris et des grandes villes- qui consiste à accompagner de la trompe -avec toutefois des sons en général plus brefs et modérés que dans les situations précédemment évoquées- le feu vert, signal de passage. Le klaxon prévient ici la distraction d'un conducteur qui ferait gaspiller à la file quelques précieuses secondes, il sonne aussi impérieusement la retraite pour les piétons coupables d'abuser de leur droit. Il y traîne quelque vestige de l'emploi primitif, par lequel on indiquait son approche pour faire dégager le passage. Juxtaposée à la fonction d'équivalent-freinage qui lui est assignée par la loi -signallement d'un danger immédiat-, existe donc celle d'équivalent-démarrage, née des usages exhortatifs (95). Instrument percutant de prise à partie, le klaxon s'obstine à veiller sur ce Droit même qui le tient en liberté très surveillée.

Autre procédure d'urgence subjective, la confiscation -cette fois par pure commodité privée, et sans justification possible sous couvert d'un intérêt public- de l'avertisseur sonore en heurtoir. Quand il s'agit de se faire reconnaître d'un piéton ou d'un autre usager motorisé, de signaler son arrivée à un rendez-vous, de saluer cordialement, de héler, voire d'intimer familiè-

(94) On trouvera toutefois un bel exemple de "passage à l'acte" au début du film *Marathon Man* (John Schlesinger, 1976) : à l'encontre de la Mercedes tombée en panne au milieu d'une rue se succèdent rapidement coups de klaxons, récriminations ("Je travaille, moi"), insultes et enfin, embouteillage délibéré et course-poursuite ponctuée d'accrochages.

(95) On verrait volontiers un avatar de ce signal d'approche dans une création sonore sécuritaire, montée par exemple sur les bennes à ordures, qui avertit du recul effectué par le véhicule -au moyen d'un "bip-bip" appelé "bourdonneur".

rement, à l'occasion des événements minuscules qui exigent rapidité de réaction et capacité d'attirer immédiatement l'attention, le klaxon dispense moins un appel qu'une interpellation. Ses jappements brefs sont utiles pour faire circuler, sur la voie publique, plus d'un "message personnel". Sauf à prendre la forme d'un tapage, diurne ou nocturne (96), il ne choque pas plus qu'une exclamation ou un geste : c'est un chuchotement, dans le bruit de fond automobile. Expression de la sympathie de rencontre, écume ludique, pour ainsi dire, de l'avertissement, il est moins senti comme illégalité que comme une sorte d'a parte légal, et légitimé par le bon sens, tant que les services qu'il rend aux uns ne nuisent nullement aux autres. Et cela n'est possible que parce qu'il est justement fait usage, pour ces petits extra, de l'instrument sonore réglementaire : pas de surprise, mais, au contraire, une minoration de l'alarme en sonnette. C'est l'aspect le plus familier, le plus domestiqué, du signal juridique.

Directement issu de la convoitise pour les avertisseurs spéciaux, difficiles à importer sur les voitures particulières, l'effet-sirène a été quelquefois recherché au moyen d'un gadget illégal : l'avertisseur à plusieurs tons. La mode des "klaxons italiens" satisfaisait l'expansivité du conducteur "m'as-tu vu" - en l'espèce, "m'as-tu entendu" (97) ; elle flattait, en raison des connotations véhiculées, le goût de la permissivité -pays de vacances, où la réglementation routière est restée longtemps laxiste- autant que la joie de vivre -chaleur, lumière, musique (98). Le klaxon réalise une multiplication factice de la voiture, il occupe de façon privilégiée l'espace sonore environnant : aussi les trompes sophistiquées ont-elles été avantageusement relayées par l'emploi des auto-radios, à fort volume, toutes vitres ouvertes, qui ne contrent pas le Droit, mais le contournent. Le grossissement acoustique n'est pas ici exclusivement ludique : il table sur l'effet d'intimidation, ou sur la

---

(96) Les abus consécutifs à une privatisation induite de l'avertisseur sonore faisaient déjà l'objet d'une campagne menée en 1929 par le Touring-Club de France ; Baudry de Saunier s'élevait contre l'utilisation du klaxon sur une automobile à l'arrêt (voir Annet-Badel et Perraud-Chamantier, op. cit., tome I, p. 375 : "chauffeurs demandant à coups de trompe l'ouverture d'une porte cochère, ou protestant contre un arrêt trop long dans une file sous le bâton de l'agent, ami venant chercher un chasseur à quatre heures du matin et l'avertissant à coups de klaxon qu'il l'attend"). On pourrait multiplier les exemples : la lutte contre le bruit a été beaucoup plus efficace pour la nuit que pour le jour ; il n'est pas rare d'entendre demander au klaxon l'ouverture d'un garage, et les difficultés du stationnement ont accru la tentation de se signaler sans bouger de son siège.

(97) Le goût pour le klaxon "musical", dont on a observé une forte poussée à la fin des années 60, remonte lui aussi aux origines de l'avertisseur sonore, et en a même justifié la stricte réglementation. La reproduction d'incipit de mélodies à succès -par exemple, dans la période récente, "Le Pont de la rivière Kwai"- contrevient nécessairement à la prescription d'appels "brefs et modérés" ; dès l'orée du siècle, quand le klaxon était encore obligatoire (article 15 du D. 10 mars 1899), les juristes désapprouvaient ce pittoresque (voir J. Amblard, *Le Code de la Route*, Paris, 1948, 6e éd., 476 p. ; un retour sur l'histoire de l'avertisseur suscite, p. II, le commentaire suivant : "Il existait une grande variété de systèmes de trompes, allant du sifflet à la trompette jouant un petit air genre "Chemin du Paradis". Fort heureusement, ces fantaisies mélodiques ont été arrêtées").

(98) L'allégresse qu'exprime -même dans l'agressivité- l'avertisseur sonore, a été bien sentie par Blaise Cendrars (*Feuilles de route*, II Sao Paulo, "Klaxons électriques", 1924, in *Au cœur du monde*, Poésie/Gallimard, Paris, 1968, p. 62) :

"Ici on ne connaît pas la Ligue du Silence

Comme dans tous les pays neufs

La joie de vivre et de gagner de l'argent s'exprime par la voix des klaxons et la pétarade des pots d'échappement ouverts".

simple stupeur de l'assourdissement, pour frayer à l'automobile un passage en force.

En revanche, le caractère festif est sans mélange dans la quatrième et dernière fonction usurpée par l'avertisseur : celle d'un mégaphone. Appuyé sur la tolérance qui accueille la célébration bruyante de réjouissances publiques ou privées, le klaxon n'en remplit pas moins un rôle fondamentalement juridique, en assurant la publicité de quelques solennités qui intéressent l'ensemble des citoyens. On se gardera, en effet, de confondre trop vite avec une appropriation privée ces manifestations d'exultation collective, qui ont plutôt le caractère de proclamations "coram populo". Le paradoxe ici est à son comble, car les décibels illicites deviennent haut-parleurs de juridicité, fidèles à l'exigence de diffusion sur laquelle est fondée la vie même des lois. Tel est au fond le sens de ces "klaxons du samedi" qui signalent, autant que les décors de tissus et de fleurs, les cortèges nuptiaux : publication sonore des bans, cloches laïques, mise en valeur de l'institution du mariage et de la publicité des registres d'état-civil. Les concerts de klaxons ratifient également les grandes échéances électorales, et les événements sportifs dont on sait à quel point ils impliquent politique intérieure et extérieure (99). À certains moments historiques, ils ont été l'équivalent exact des slogans que l'on scandait dans les défilés et manifestations (100). La légitimation sociale a si bien effacé, dans ce cas, l'illégalité principielle, qu'on serait tenté de redonner à ces pratiques le sens propre -et éminemment juridique- d'"extravagantes".

L'observation des coutumes automobiles oblige à constater un écart persistant entre la volonté législatrice, qui encourage la communication par les lumières plutôt que par les sons, et l'obstination des conducteurs à utiliser concurremment les deux registres, dont ils n'admettent pas l'interchangeabilité. De fait, les avertisseurs lumineux, moins violemment "accrocheurs", ne sont pas sentis comme une alternative aux sons, mais comme le choix d'un ton différent, plus apte à exprimer les nuances de la courtoisie. Même en faisant la part et du tempérament, et du niveau d'éducation du conducteur, on peut considérer que l'effet principal des consignes réglementaires a consisté dans une espèce de spécialisation pragmatique qui réserve au sonore la brutalité, et au lumineux l'élégance. L'évolution diachronique, loin d'aboutir à la suppression des klaxons, a permis de créer un système de signaux pourvu de deux claviers d'intentionnalité : suivant le mode expressif retenu, on se situe d'emblée, pour un rappel à l'ordre, soit du côté de l'invective, soit de celui de la protestation polie. D'autre part, les emplois spécifiques se sont développés : moins propre que le klaxon à la dramatisation immédiate, à la solennisation ou même aux salutations improvisées, l'"appel de phares" est sans rival, en plein jour, pour chaperonner une foule de manœuvres. Si le klaxon est comme un cri, l'avertisseur lumineux représente un clin d'œil appuyé, ou la mimique qui consiste à "faire les gros yeux" devant une imprudence. D'une façon générale, il sert à régler ou à rappeler les priorités, instaure des complicités plutôt que des conflits, incline

---

(99) Les matches sont l'occasion d'affirmer une cohésion et une identité locale ou nationale. Les maillots des joueurs arborent quelquefois les couleurs du drapeau (au Cameroun, par exemple).

(100) Pendant la guerre d'Algérie, un morse politique très fruste avait opposé les partisans de l'"Algérie algérienne", qui scandaient ces deux mots en 3+2 coups de klaxon, et ceux de l'"Algérie française" qui s'exprimaient avec 3+3.

à la conciliation plus qu'aux réclamations. C'est au point que sa fonction "officielle" d'alarme -avertir de sa présence pour éviter la collision- est de plus en plus éclipsée, dans l'usage, par l'expression d'un effacement poli. Quand le klaxon dit "ôtez-vous de là", l'appel de phares, lui, s'emploie volontiers pour signifier "allez-y" : qu'il s'agisse de donner à un autre conducteur le loisir d'effectuer une manœuvre délicate, de faire savoir à un piéton qu'on le laisse traverser, ou même de notifier à l'automobiliste d'en face qui procède à un dépassement dangereux qu'on ralentit pour lui permettre de passer, l'éclair lumineux raffine sur l'avertissement légal, pousse la prévention jusqu'à la prévenance, et transforme en sollicitude la simple sollicitation. Ainsi l'avertisseur optique sert-il à signaler toute anomalie qui pourrait s'avérer source de danger sur la route : portière mal fermée, chargement mal arrimé, pneu à plat, par exemple. En tout cas, si l'automobiliste qui reçoit un coup de klaxon a le réflexe de se demander en quoi il a contrevenu aux règles de circulation, son premier mouvement, à la réception d'un appel de phares, est plutôt de chercher quel service on a voulu lui rendre. Et l'éventail est largement ouvert, depuis l'accident qui barre le chemin, quelques kilomètres plus loin, à l'étourderie qui a fait négliger d'éteindre ses propres projecteurs.

Parmi ces avertissements sans frais, un message particulier a pris tellement d'importance qu'il a eu les honneurs des tribunaux et des articles de doctrine : un "service" fréquemment rendu consiste à prévenir les autres conducteurs de la présence des forces de police, prêtes à sanctionner les excès de vitesse (101). Voilà une contribution officieuse au bon ordre routier qui fait éclater de façon exemplaire l'irréductible espace de créativité ouvert à ces sujets de Droit que sont les automobilistes : la divergence des points de vue est instructive, qui amène les uns à s'exaspérer d'une fraude, et les autres à applaudir cette régulation "douce". Invitation à s'amender pour éviter l'amende, l'appel de phares court-circuite l'obligatorité par l'obligeance : ce qui ne veut pas dire que le Code, au total, en soit plus mal servi (102). Le souci d'éviter les mauvaises surprises, que chacun sait être la rançon de la mobilité, rend compte de ces initiatives communicationnelles, dont on réduirait abusivement la portée en les expliquant par le contournement des consignes légales. L'avertissement lumineux instaure une complicité sécuritaire beaucoup plus étendue et c'est pourquoi son efficacité est sans égale : l'injonction de prudence gagne en crédibilité d'être faite "à chaud" -par opposition avec les signaux "froids" qu'émettent les panneaux- et suscite la gratitude indépendamment de toute vérification "utilitaire" - par opposition aux effets psychologiques fâcheux qu'engendre l'impression d'être "piégé" au radar. Finalement, on touche ici le point où le Droit routier, si largement ouvert au relativisme circonstanciel, court le risque de se voir contesté au nom même

(101) Voir P. Fouquet, "La licéité de l'utilisation des signaux lumineux pour avertir un autre conducteur de la proximité d'un contrôle de police, ou les petits plaisirs légaux de l'automobiliste", *Gazette du Palais*, 1977-1, Doctrine, p. 184/186 et A. Viu, "Utilisation des feux de route pour avertir les autres conducteurs de la proximité d'un contrôle routier", *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 1979-1, Chronique de jurisprudence, p. 85.

(102) A. Vitu, dans une autre Chronique de la même revue (1978-4, p. 624) soulignait la "collaboration inattendue que constituent les appels de phares à l'œuvre de prévention dont est chargée l'autorité publique, en faisant modérer leur allure aux véhicules rencontrés". Quant à l'article précédemment cité (note 101), il montre clairement qu'en tout état de cause, légiférer pour incriminer cette utilisation des phares serait peu réaliste.

du principe qu'il prône, suivant lequel le conducteur adapte sa conduite à d'imprévisibles conjonctures. Le succès des appels de phares, qui laissent tout de même de grandes marges d'incertitude à l'interprétation (103), provient de ce qu'ils assurent une jonction rassurante entre deux manifestations de la loi dont les automobilistes ressentent la rigidité comme incompatible avec la logique routière : d'un côté, les prescriptions immuables des panneaux, de l'autre, des contrôles aléatoires et mécaniques à la fois. Le conducteur supporte difficilement la prévention du législateur contre lui, cette défiance qui ne lui accorde qu'une liberté d'appréciation "soustractive" -il lui est loisible d'aller plus lentement mais non plus vite, quelles que soient les circonstances, quand une limitation de vitesse est affichée- et l'avertisseur lumineux, utilisé à charge de revanche de pair à compagnon, apporte un précieux complément de liberté "additive". La docilité passe par la certitude -justifiée ou non- d'une sélectivité réfléchie : l'appel de phares "personnalise" la signalisation. Il n'est donc pas si loin qu'on pourrait croire de ce que nous appellerions volontiers l'"appel de freins", et qui intéresse l'autre extrémité du véhicule. La pression du pied sur la pédale de frein déclenche automatiquement l'éclairage du feu stop arrière : c'est un gage de sécurité, qui est loin toutefois de couvrir tous les risques de collision ; non seulement parce que la simple décélération ne bénéficie pas d'un signal, mais encore parce que le feu stop n'avertit pas de l'intensité du freinage. Afin de faciliter l'anticipation, par les conducteurs qui les suivent, d'un ralentissement important, les automobilistes effectuent délibérément plusieurs petites pressions d'avertissement sur la pédale de frein : ce clignotement rouge constitue bien un renchérissement sécuritaire (104). Là où le Droit impose un minimum technologique et règle, en cas de conflit, les responsabilités, l'usage multiplie les trouvailles de solidarité, qui rappellent aux conducteurs à quel point, sur la route, leurs intérêts se tiennent.

Même quand l'avertisseur lumineux cède à la passion mimétique des véhicules privilégiés (105), l'effet-gyrophare, qui est le pendant de l'effet-sirène déjà décrit à propos du klaxon, n'en est pas exactement l'équivalent. Il a, si l'on peut dire valeur défensive, alors que l'avertisseur sonore joue un rôle nettement offensif. Il sert moins à se faufiler qu'à rendre manifeste une prise de risque : en cas d'évolutions délicates ou interdites -demi-tour illicite, rue prise à contre-sens- l'exécution "pleins phares" est une manière de montrer qu'on a conscience d'être pour autrui un danger, qu'on a raisonné l'infraction

---

(103) Ainsi est-il facile d'imaginer une utilisation fictive d'un signal qui active si bien le réflexe de la "peur du gendarme" : elle confirmerait qu'il en est de la répression routière comme de la mort au volant, qui "n'arrive qu'aux autres". D'où la force de ces rappels "ad hominem".

(104) S'il ne fait pas partie des obligations légales, il a conquis un statut coutumier dans les recommandations dispensées par les moniteurs d'auto-école (voir A. Roux, *Le Code de la Route en 12 chapitres*, préparation au CAPEC, Ecolauto, S.A., 2e éd. 1980, 327+37 p. ; p. 318 : "Pensez à celui qui vous suit [...], il est peut-être distrait [...] : avant de ralentir ou s'il vous suit de trop près, "téléphonez"-lui courtoisement en actionnant vos feux stop plusieurs fois avant de freiner").

(105) On laisse de côté l'utilisation abusive des avertisseurs spéciaux soit par les chauffeurs des personnalités (les journalistes les dénoncent régulièrement : exemple, sur *France Inter*, le 20 février 1989, 18-19h, intervention de Kathleen Évin), soit par des particuliers (voir *Le Canard Enchaîné*, 19 avril 1989, p. 4 : "Louis Vuitton contrefait la police"). Ce qui nous importe, ce sont les effets spéciaux obtenus à partir des dispositifs ordinaires, et la rêverie qu'ils supposent sur un matériel "réservé".

pour des raisons supérieures, qu'on demande la compréhension. Le passe-droit table sur l'indulgence qui accueille au moins une fois l'excuse de fausse manœuvre. Dans le doute, le fait accompli confirme le Droit, comme l'exception qui brille en hommage à la règle.

On évoquera pour finir la promotion flatteuse qui a porté le double clignotant au premier rang des avertisseurs lumineux, tout au moins dans les villes. Détournés de leur fonction primitive, le signalement d'un arrêt forcé, les "feux de détresse" servent couramment à gérer les arrêts désinvoltes : comme si la palpitation que le conducteur abandonne quelques instants aux quatre coins du véhicule matérialisait son affairément, et symbolisait l'imminence d'un retour hâtif. Le clignotement "à vide" est un justificatif d'absence brève, il incite à prendre patience en laissant présager un démarrage prochain, bref, il met assez astucieusement en place, avec ses feux discontinus, des simulateurs de progression. Trois phénomènes ont pu contribuer à la création de ce mot de passe automobilistique : d'abord, l'existence, fort ancienne, de feux spécialisés dans le stationnement puis dans l'encombrement, et la tentation de confondre signalisation et droit d'occupation ; ensuite, la multiplication des gyrophares oranges dans le décor urbain, qui a pu faire associer les éclairs lumineux et la lenteur prioritaire ; enfin, la présence, au long des autoroutes, de voies de détresse assimilées à tort à des voies de garage. Quoi qu'il en soit, le double clignotant illustre sans fard l'irrésistible glissement de l'expansivité intersubjective à l'expansionnisme social, de l'excuse ostensible au sans-gêne tranquille. Et on comprend ainsi la complémentarité obligée des avertisseurs optico-acoustiques dans ce vaste système officieux, où l'on fait, pour finir, assaut d'indiscrétion : quand les lumières ont atteint un paroxysme de dramatisation et, en même temps, de trivialité, comme ici, le recours aux sons fait repartir l'échange, et l'on se trouve dans le cas, décrit plus haut, de la réclamation tonitruante, de l'illégalité qui exige le rétablissement du légal.

Au sein de l'improvisation perpétuelle représentée par la circulation, les avertisseurs sont les instruments les mieux à même d'instaurer cet état de grâce qui a partie liée avec toute anticipation motrice. Aussi la loi les a-t-elle chargés de régler, pour une bonne part, le ballet des voitures ; mais sa générosité n'a eu d'égale que la complaisance des conducteurs à élargir les compétences de ces signaux, auxquels ils font jouer un rôle justificatif autant que préventif, et dont ils poussent les vertus déictiques jusqu'à la pantomime. À la source de cette créativité familière, objet d'un consensus sans faille, il faut probablement reconnaître le surgissement d'un imaginaire festif, de l'exultation instinctive que nourrissent sons et lumières en tant que paradigmes de cet "ultra-vivant" où Bachelard décèle le secret de la fascination ignée. Ce sont des réflexes sensoriels très profonds qui commandent le passage de l'appel au concert, ou de l'éclat à l'illumination.

On a justement remarqué que "les enfants de l'auto" (106) apprennent à conduire... au berceau (107). Et de fait, les plaisirs des enfants commencent des adultes trouvent dans les avertisseurs un point d'application, en vertu de trois

(106) C'est le titre du livre de Jeanne Delais, Paris, Gallimard, 1970, 208 p.

(107) Voir M. Roche, op. cit. (note 33), p. 54/64 : l'auteur souligne que le plaisir de l'accélération commence avec le bercement, puis le toboggan ou la balançoire. On complètera son analyse en rapportant au maniement des avertisseurs la volupté de la trompette ou du stroboscope.

composantes qui provoquent la jubilation : le flamboyant, l'assourdissant, le tournoyant. Aux enfants les manèges qui portent des voitures sans chevaux (de bois) : ils y auront l'expérience de l'euphorie circulatoire grâce à la circularité, et de la profusion optico-acoustique, sur des modèles réduits plus propres à exciter la convoitise automobile qu'à introduire aux restrictions réglementaires. Or ces rond-points ludiques concentrent la fascination lumineuse sous les espèces des gyrophares -les véhicules privilégiés y jouent les vedettes- et des doubles clignotants. La propédeutique est flagrante, à l'automobile "arbre de Noël", comme à l'usage intempérant de ces "feux de détresse" qu'il vaudrait mieux rebaptiser. Le gyrophare représente une borne qui danse, la limite joyeusement franchie, et l'adjuvant d'une cinquième roue ; le clignotant double, lui, va bien plus loin que le clin d'œil, c'est la respiration même de l'auto, son pouls infatigable. Une débauche comparable de sons, de lumières et de virevoltes attire les adultes dans les boîtes de nuit : les voitures restent à l'extérieur, mais en grandeur réelle, et la conduite se ressent parfois tragiquement de la parenthèse fêtarde (108).

Il reste que les avertisseurs mettent en œuvre probablement la seule région de signes ayant accédé à une technicisation poussée qui se soit naturalisée dans la pratique au point d'être intégralement saisie sans apprentissage formel. Aux antipodes de ce langage automobile qui ferait déboucher sur le cauchemar "automatobiler" (109), ils font passer les délices de la complicité (110) par ceux de la manipulation. Joyeux topiques, ils contribuent à réduire les disparités de la gent circulante, et même s'ils n'ont pas bénéficié, aussi exhaustivement que d'autres signaux routiers, d'uniformisations officielles et internationales, on ne saurait méconnaître le tribut qu'ils fournissent à l'"espérauto".

### 1.2.2. Un morse grevé d'hypothèses

Les avertisseurs optico-acoustiques introduisent sans ménagement à l'exubérance sémique fondée en juridicité. Les acrobaties coutumières que nous avons répertoriées entretiennent avec les textes du Code des rapports trop ambivalents pour ne pas inviter à reconsidérer quelques aspects de la circulation proprement sémio-juridique. Revenons donc au lieu d'émergence de la juridicité avertissante, à ces écrits qui chargent expressément certains sons et certaines lumières d'une mission de sûreté. L'histoire de la réglementation, elle-même assujettie aux possibilités technologiques, explique suffi-

(108) Ce n'est pas par hasard que la publicité faite aux projecteurs pourvus d'ultra-violetts insiste sur la référence au type de lumière qu'on trouve dans les discothèques (voir note 76). D'autre part, la fréquence des accidents au sortir des boîtes de nuit est un fait bien connu ; l'ivresse est aussi visuelle, auditive, cinétique.

(109) Voir I. Asimov, *Robot Dreams*, trad. fr. *J'ai lu*, 1988, 510 p. La nouvelle qui met en scène les "automatobiles" s'intitule "Sally" (p. 151/178) et a été écrite en 1953. On y voit comment la complicité entre voitures parfaitement autonomes ruine celle qui existait entre la voiture et son conducteur, mais aussi entre conducteurs.

(110) Le langage des avertisseurs a été délibérément utilisé comme transposition esthétique d'une complicité criminelle par Billy Wilder, dans son film *Double Indemnity* (1944). Le signal de l'assassinat, qui est perpétré dans la voiture même, est donné par la conductrice sous la forme de trois coups de klaxon ; une fois le mari tué par l'amant, puis déposé sur une voie ferrée de manière à simuler un accident, les deux complices se retrouvent, grâce à un double appel de phares qui permet au meurtrier de repérer la voiture. Le symbolisme est clair : d'un avertisseur à l'autre, les personnages, au lieu d'être trois, ne sont plus que deux.

samment que la rubrique "Emploi des avertisseurs", où sont mentionnées les deux espèces, soit apparemment éclatée ailleurs entre "éclairage et signalisation" et "signaux d'avertissement" exclusivement sonores (111). Ce qui importe ici, c'est que le Code emploie obstinément le mot "signal", et que cette déclaration d'intention sémiologique mérite d'être approfondie. Il est clair que, pour l'autorité investie du pouvoir réglementaire, la signalisation optico-acoustique qui met en relations mutuelles les usagers de la voie publique n'est pas foncièrement différente de cette "signalisation" (112) par laquelle est institué un rapport direct entre l'Administration-émettrice et les usagers-récepteurs. Toutefois, une égale dignité juridique ne va pas forcément de pair avec une identité sémiologique, et les analyses qui précèdent tendent à souligner une opposition structurelle entre ces deux catégories de matériel. Il n'ont pas grand-chose de commun, si l'on s'en tient aux évidences sociologiques : or leurs affinités juridiques ne sont pas récusables. La contradiction aura chance d'être levée, à condition de procéder à une clarification terminologique. Car le sémiologue bute sur l'homonymie, juridiquement justifiable, du signal-avertisseur et du signal ordinairement dit "routier" (113). En vérité, c'est au deuxième seul qu'il admettrait de voir s'appliquer, en toute rigueur, le mot "signal", défini comme message conventionnel univoque, axé sur la transparence communicationnelle, et qui est souvent englobé dans le mécanisme d'un "code" (114). Le Droit s'efforce de multiplier les signaux, gages de communi-

(111) Au Titre premier de la Partie réglementaire, en son Livre Ier ("Dispositions générales relatives à la circulation routière, et applicables à tous les usagers de la route"), c'est le Paragraphe 6 qui est intitulé "Emploi des avertisseurs" (R31 à 35) : l'usage de l'avertisseur optique est prescrit, de nuit, pour remplacer l'avertisseur sonore (R33). Au Paragraphe 8, "Éclairage et signalisation des véhicules", c'est toujours "la nuit, ou lorsque la visibilité est insuffisante" que "les feux de route peuvent être allumés par intermittence [...] pour donner aux autres usagers de brefs avertissements justifiés par des motifs de sécurité, notamment lors d'une manœuvre de dépassement" (R40). En revanche, le Titre II ("Dispositions spéciales applicables aux véhicules automobiles..."), n'envisage que les dispositifs sonores au paragraphe 8 ("Signaux d'avertissement"), tandis que le paragraphe 7 ("Éclairage et signalisation") n'explicite pas cet usage possible ou obligatoire des feux. Nulle part dans les textes, il n'est question des signaux optiques effectués en plein jour, dont nous avons montré à dessein la prolifération, et dont les juristes se gardent de contester la licéité (voir P. Fouquet et A. Vitu, articles cités, note 101). La rédaction actuelle garde la trace, non seulement de l'antériorité très sensible de l'avertisseur sonore, mais aussi, probablement, du fait qu'il fut "ex nihilo" une création normative, alors que l'avertissement lumineux est une spécialisation normative à partir des dispositifs d'éclairage. Il n'en reste pas moins que R33 les proclame égaux en juridicité.

(112) Partie réglementaire, Livre I, Titre I, §10 : "Signalisation". Les Codes commentés énumèrent, sous R.44, les panneaux (classés en quatre catégories : signaux de danger, signaux de prescription absolue, signaux d'indication, et signaux relatifs aux intersections et aux régimes de priorité), les feux colorés (alternatifs et clignotants), les marques au sol (longitudinales, transversales, et les flèches de rabattement), et enfin les indications des agents.

(113) On a vu plus haut (note 92) la zone de recoupement extrêmement limitée que les panneaux représentent pour ces deux sphères de signalisation. On peut ajouter que le panneau de danger A 14 (pictogramme figurant un point d'exclamation) serait l'équivalent le plus proche, en signal routier, du contenu de l'avertisseur : mais justement, il est en général assorti de panonceaux qui précisent la nature du danger signalé, alors que le message des avertisseurs n'est pas susceptible de telles différenciations.

(114) C'est pourquoi l'exemple-type en est le morse, système d'équivalences terme à terme entre lettres de l'alphabet et séquences de points-traités. Un code est un lexique extrêmement simplifié : le signe s'y présente à son niveau le plus pauvre, comme pure substitution, à partir de la corrélation de deux listes d'entités. Nous comprendrons signal dans ce sens, familier à la sémiologie, d'équivalence "plate", qui s'applique sans difficulté à l'ensemble des

cation efficace, et c'est probablement pourquoi le vocabulaire, ici, ne rend pas complètement justice à l'originalité sémio-juridique des avertisseurs : comme si le législateur camouflait par cette réduction onomastique une audace de création signitive. Aussi convient-il de rapporter les deux "signalisations" à une seule et même matrice, celle du signe juridique, pour mieux différencier les deux postulats qui s'accomplissent respectivement en signal et en "avertisseur".

Loin que l'avertisseur ne soit qu'un parent pauvre du signal routier, il constitue une alternative précieuse à ce type d'objets-signes et procède, d'une manière complémentaire, à la réalisation de la discipline routière : l'intentionnalité juridique est la même, les moyens sont diversifiés. C'est bien pour cela que les avertisseurs, dont les caractéristiques techniques sont minutieusement réglementées, ne sont pas assujettis à des contraintes étroites quand il s'agit de leur opportunité d'emploi, ou même de leur mode d'emploi : l'extrême latitude laissée délibérément au conducteur ne ressortit naturellement pas de la négligence, mais bien à la construction juridique d'un signe adapté pragmatiquement à la mobilité automobile, à l'imprévisibilité des rencontres, bref à une sélectivité ouverte, seule capable d'assurer une prévention raffinée. À la différence du signal, qui rabat le signe sur la consigne, l'avertisseur promène la consigne, lui fait voir bien du pays sémiologique, et l'actualise sur le mode d'un pari inférentiel toujours renouvelé. Son but, qui est d'alerter, d'inciter à la vigilance, ne saurait être mieux atteint que par l'uniformité de manifestations optico-acoustiques susceptibles d'interprétations diverses. Cette plurivocité, en obligeant l'automobiliste qu'elle interpelle à faire le tri dans un paquet de choix contextuels, est au plus haut point mobilisatrice de juridicité. C'est que, sur la route, la nomothétie n'est rien sans la sémiologie.

Pour faire face aux besoins spécifiques de cet aspect de la circulation routière qui défie les capacités du signal, à savoir l'infinie liberté des trajectoires combinées, et les aléas imputables à cette "erreur" irréductiblement "humaine", le Droit routier s'est muni d'un instrument sémiologique que nous proposerons d'appeler le "signet". Les avertisseurs donnent l'exemple flagrant d'un signe juridique plus disponible que disposé - comme est le signal. L'élasticité des pratiques, les abus mêmes, ne font que mettre au jour un statut original, une espèce de blanc-seing signalétique. La délégation est manifeste, les interprétations extensives d'autant plus difficiles à récuser. Comme le ruban qu'on glisse entre les pages d'un livre, le signet juridique est conçu pour être flottant, apte à sélectionner telle ou telle configuration contextuelle. C'est un soulignement mobile, un signe à moitié évidé, qui ne fera complètement sens que rempli de circonstances rapides et fugaces. Hic et nunc, à supposer que la situation ne laisse subsister aucune ambiguïté, le signet pourra faire office de signal. Mais il est en lui-même réservoir de signaux, curseur évanescant, en quelque sorte poisson-pilote pour le Droit. Le signal, si l'on veut, est ajusté, alors que le signet a du jeu. Le Droit fait la part du jeu, les conducteurs l'inventent et le mènent.

Le signet constitue donc une spécialisation intéressante du signe, dans la mesure où il est tout à fait caractéristique d'une production de sens

---

signaux routiers (tel panneau, par exemple, correspond exactement à tel message limité, immédiatement saisissable et dépourvu d'ambiguïté). Du reste, la signalisation routière sert souvent à illustrer, en sémiologie, ce cas relativement simple d'équivalence arbitraire.

guidée sans être conduite. Par comparaison, le signal, panneau routier ou balisage radio-aéronautique, apparaît dans son essence moins juridique que mécanique : il pourrait, à la limite, aussi bien être reçu, décompté, respecté, lu, par une machine. Le signet, non, puisque ni son émission ni sa réception n'obéissent à aucun plan ; il est appel à lire au-delà de lui-même, et n'existe que pour qu'on se détourne aussitôt de lui afin de chercher ce qui est vraiment à entendre. C'est le "tu brûles" péremptoire et vite périmé, le signe dont la traduction est chaque fois à inventer à partir des collusions de faits qui font de l'environnement ce qu'il est, une cocarde dont chacun de nous occupe le centre, et dont les limites périphériques deviennent plus incertaines à mesure que leur aire s'accroît. Mais en tant qu'il suppose une herméneutique, le signet, a priori plus pauvre de caractères que n'est le signal, s'avère a posteriori plus riche de déterminations matricielles, tant il est vrai que sa conception, son lancement sur le marché du sens, obéissent à des principes tout aussi contraignants que ceux qui président à la mise en forme d'un signal quelconque, avec ceci de plus que son émission et sa réception -autrement dit, la traduction en signet d'une situation juridique, puis celle du signet en réaction appropriée,- présupposent l'existence de deux intelligences libres, autonomes et volontaires. On aura reconnu là les qualités qui prédisposent à la réalisation d'un acte juridique valide. Autrement dit, et sans du tout extrapoler, on peut considérer dès à présent le signet comme le signe juridique par excellence, non comme la seule variété qui en existe, mais à coup sûr comme la plus typique, quoique la plus méconnue, en raison de l'écrasante majorité des signaux, et cela parce qu'affectée des mêmes marques auxquelles on reconnaît le protocole fondamental du Droit. On ne s'étonnera donc pas de l'énorme charge affective, voire fantasmatique, qui leste l'usage des avertisseurs optico-acoustiques, signaux au sens banal et pour parler vite, signets dans une classification plus sophistiquée des signes : elle est partie intégrante de leur charge utile, et les menus actes qui gravitent autour du signet ne sont pas autre chose qu'une vérification infinie de la réalité du Droit libéral, qui préfère toujours limiter et autoriser plutôt que d'obliger et d'interdire.

Ce n'est donc pas un des moindres avantages de l'auto-mobilité que d'avoir fait légitimer ainsi, dans des textes qui se prolongent de préférence en objets-signaux, un type d'objet-signe qui manifeste pleinement le dynamisme de la sémiôsis, dialectique de présence et d'absence, fondée sur la capacité du signe à stimuler des interprétations (115).

Et de fait, la vitalité du signet est telle qu'il prend par le travers, non seulement les autres catégories sémiologiques avec lesquelles il interfère le plus souvent, les signaux, qu'il concurrence en efficacité, ou les indices, que sa flexibilité lui permet de semer à foison (116), mais encore les différents

---

(115) Voir U. Eco, *Sémiotique et philosophie du langage*, Paris, P.U.F., 1988, 285 p., spécialement le premier chapitre, "Signe et inférence", et le dernier, "La famille des codes". Ces analyses ont le mérite de récuser le rabattement du signe sur le signe linguistique (d'où, p. 33, l'affirmation fondamentale selon laquelle le signe n'est pas une équivalence mais "une instruction pour l'interprétation", ou, p. 274, la conclusion selon laquelle "le code ne peut pas être seulement un chiffre [...], ce sera une matrice qui autorise des occurrences infinies, la source d'un jeu") et de donner leur portée réelle aux intuitions du parler ordinaire, qui accorde une prodigieuse variété de référents à des mots comme "signe" et "code".

(116) Rappelons que la ligne de partage entre les indices et les signes est constituée par le critère d'intentionnalité. Dans le cas des avertisseurs, l'expression du message est assez libre

systèmes de normes qui se disputent, sur la chaussée, l'instruction de mille procès infimes, fugitifs et inextinguibles (117). Le secret de son aptitude à épouser les fluctuations que subit la juridicité vécue est tout entier dans son statut, et dans cette bénédiction officielle du principe de latitude interprétative : la force du signet réside dans l'impression rassurante qu'il provoque d'un continuum d'authenticité entre un texte à formulation "ouverte" et un objet-signe à manipulation quasiment discrétionnaire : l'abus ne risque guère de s'installer -"lumina et sonitus volans"-, le contrôle pointilleux non plus. Le signet porte au plus haut le pari de confiance qui est le principe et l'idéal du Droit, en même temps qu'il satisfait la soif de garanties formelles (118) qui fait partie du légalisme, y compris dans les contre-sens. À ce titre, il est indubitablement révélateur de bonne santé, de "pleine forme" juridiques.

Ici intervient une autre caractéristique essentielle au signet : le principe d'égalité qu'il met en œuvre. Entre le possesseur de grosse cylindrée et l'usager réduit à "finir" quelque modèle bas de gamme, rien n'est plus ressemblant qu'une flambée d'avertissement, quand par ailleurs toute la qualité technique de leurs véhicules les sépare. S'il est des connaisseurs pour identifier telle grande marque au bruit du moteur, à la couleur de la carrosserie, à l'odeur de la sellerie, on n'entend en revanche jamais parler d'un klaxon ou d'un appel de phares typiques d'Alfa-Roméo, de Ferrari ou de Jaguar : même le dessin des blocs optiques est apprécié, on l'a vu, sans vraie connexion avec leur mise en service réelle ; c'est particulièrement net avec les phares escamotables des voitures sportives, qu'au fond bien peu de gens voient en action. L'expérience prouve pourtant qu'aucun possesseur de ces forts véhicules ne tient pour négligeable les capacités de ce matériel à fabriquer du signet. Nombre de barons du bitume sont prompts à jouer de la trompe ou du phare pour obtenir le passage qui leur paraît dû, comme si le privilège circulatoire était la contre-partie logique de l'investissement auquel ils ont consenti. Il traîne sans doute, dans les comportements routiers, quelque chose de la mentalité censitaire, via la pression fiscale. Aussi les utilisateurs des automobiles les moins typiques socialement ne sont-ils pas en reste lorsqu'il faut habiter la zone technique où les différenciations ont pour seul critère le risque d'accrochage : se signaleraient-ils eux-mêmes, au bout du compte, comme des dangers immédiats renforcés ? Disons plutôt comme une catégorie dont le

---

pour laisser passage à des styles d'interventions, eux-mêmes interprétables en termes de caractère, d'éducation, etc.

(117) On a décrit (voir 1.1.2. et 1.2.1.) l'importance des codes proprement sociaux (politesse, élégance) ou moraux (entraide, dénonciation) qui pèsent, autant que le Droit, sur ces instances d'un instant.

(118) On pourrait ainsi interpréter la popularité du pseudo-panneau de stationnement interdit comme une compensation à l'absence de signet, ressentie sur le mode d'une frustration d'authenticité (voir notre étude : "Un refrain des rues et des lois: les disques privés de stationnement interdit", in *Revue de la Recherche juridique*, 1989-3, p. 639/704). Le bricolage du panneau privé, qui se modèle sur le signal authentique, coté B 6a 1, est un effort pour combler la solution de continuité ressentie entre le texte légitimateur, en l'espèce R37-1, et l'objet-signe officiel, qui n'est pas admis à matérialiser cet aspect de la règle. Quoique la tolérance dont jouissent ces disques privés leur confère une légalité seconde, sociologiquement non négligeable, ils restent en-deçà du signet, parce qu'ils sont formellement inauthentiques. La supériorité des avertisseurs, c'est que le Code de la Route leur donne les moyens d'assumer, dans les formes même de la légalité, un besoin comparable d'expansivité : il n'y a pas formellement de différence incriminable entre divers coups de klaxon, plus ou moins nombreux, parce que l'usage du klaxon est fondé en Droit, et que le style de l'intervention n'est pas codifié.

comportement sera jugé dangereux par les usagers que n'éblouissent pas les gages de sécurité fournis par le six cylindres vingt-quatre soupapes. L'emploi de l'avertisseur à des fins qui ont moins pour objet le signalement d'un danger que la possibilité d'une impression de danger si la route n'est pas très vite dégagée, va de pair avec la répugnance, chez les éternels doubleurs, à faire usage du clignotant. L'attitude est quasiment systématique de la part des motocyclistes, pour qui les voitures doublées sont pratiquement à l'arrêt. Le rapprochement permet de mieux comprendre un sous-emploi du signet qui pourrait sembler paradoxal : tout repose sur l'idée que le dépassement sera si rapide, l'accélération si prompte, que le clignotant aura à peine le temps d'être rétro-aperçu. C'est toute la voiture qui, en déboîtant, endosse alors magistralement l'émission du signet. Mais justement, il n'y a plus de signet, et pareille substitution révèle l'abus sémiologique qui recoupe l'abus juridique : voiture-éclair, qui, aux yeux de son conducteur, fonctionne selon des modalités décalées, sous prétexte d'une énergie supérieure. La vitesse hyperbolique de référence est au fond celle de la lumière, comme le trahit quelquefois la publicité, et la grosse cylindrée cherche à rouler plus vite que son ombre. L'usage complaisant du signet est à l'arrière-plan, mais dévoré ici par son excroissance même. Le rêve du privilège s'apparente à un amour exclusif de normes devenant à leur tour exclusives en ce qu'elles excluent autrui.

## Conclusion

La liberté des uns finit où commence celle des autres et, inversement, commence là où celle des autres finit : l'article R.40 (§ 2, a) le montre suffisamment, qui oblige deux conducteurs qui se croisent, de nuit, et sur route, à passer des feux de route aux feux de croisement. Vouloir voir n'autorise pas à être tellement vu que l'on empêcherait d'y voir, car, par voie de réciprocité ou de rétorsion, le besoin de voir dégènerait en impossibilité d'y voir. On peut aller plus loin, sans paradoxe : ma liberté commence celle d'autrui, celle d'autrui commence la mienne, sans priorité d'aucune sorte. Les émissions optico-acoustiques marquent bien le caractère indiscernable de cette double étreinte, spontanément reçue, et sur-validée par le Droit. Pourtant, la coexistence routière n'appelle généralement pas de commentaires très flatteurs sur l'intentionnalité relationnelle : on entend volontiers parler d'égoïsme, d'inconscience, d'agressivité, comme si l'enfermement intra-véhiculaire exacerbait des pulsions antisociales jusque-là dominées. C'est l'éternelle parabole des clients du supermarché qui se font des politesses à la barre de leur "caddy" et s'empoignent sur le parking. Il s'agit peut-être là d'une double idée reçue. D'une part, il faut prendre en compte la propension générale à ne relever, des comportements, que les traits les plus grossiers et les plus visibles : le geste de politesse est moins tapageur que le geste agressif ; au surplus, il exclut par nature un entêtement dans la production du signe, puisqu'il ne provoque pas de résistance ni de dégradation polémique. D'autre part, les comportements incisifs ne relèvent pas forcément d'une fatalité psychologique imputable au rétrécissement des limites du territoire, et sont loin d'échapper aux formalisations culturelles. Sinon, on ne s'expliquerait pas le fair-play automobilistique supérieur des populations septentrionales, pourtant ultra-combatives dans nombre de domaines. La seule régionalisation des comportements

routiers, qu'il est aisé d'éprouver en parcourant l'hexagone (119), exclut toute référence à une malédiction de la voiture. Il faut évidemment tenir le plus grand compte de l'éducation à l'automobile telle qu'elle est délivrée aux enfants, et par les adultes qui les transportent, et par les médias. Mais cette chaîne de reproduction ne peut être infinie sous la même forme, et il existe sûrement, sinon un point de départ, du moins un palier important, un point de distribution articulé sur les débuts de l'automobile. On se contentera de suggérer deux pistes de détermination.

L'automobile fut d'abord affaire de riches en un temps où l'affichage du mépris social était mieux porté qu'aujourd'hui. En supplantant l'hippotation, l'automobile a transféré le mépris quasi nobiliaire et les habitudes cavalières dans l'habitacle des nouveaux puissants. Par ailleurs, la conduite de l'automobile a été une corvée abandonnée à des domestiques, héritiers des cochers et de la culture brutale des anciens rouliers, laquelle a fini par contaminer, grâce aux ascensions sociales culturellement déficientes ("nouveaux riches", "parvenus", et autres entêtés du paraître, encouragés par le marché de l'occasion ou le crédit-leasing), d'autres catégories de la société contemporaine. La traction hippomobile supposait le rapport professionnel avec des animaux souvent rudement menés, et une vie en général aussi fatigante que dangereuse, où prévalaient les rapports de force. La médiocre réputation de courtoisie qui entoure préférentiellement les professionnels d'aujourd'hui (taxis, routiers, livreurs, et même V.R.P.) n'est probablement pas étrangère à cette généalogie diffuse (120). "Invective" procède de la même racine que "véhicule". Mais dans les habitacles fermés, maintenant que la route n'implique plus ni impériale, ni même grand air, et que la vitesse réduit d'autant -sauf en ville- le registre langagier, l'appel plurimodal instantané hérite partiellement des fonctions antérieures, les redistribue à son tour selon les ouvertures techniques dont il dispose, selon aussi les pistes relationnelles que ces techniques lui ouvrent. On n'use pas de signe faisant toujours appel à l'exégèse sans faire la plus belle part à la complicité. Plus on économise la parole grâce à un autre jeu de signes, plus on éloigne aussi l'éventualité d'en venir aux mains. Par-delà l'excès de bruit et l'impatience, le flash, le spot, la mise en alerte enfin, reposent donc malgré tout sur une optimisation du contact.

## 2. CHIFFRES ET LETTRES

Désordre apparent de la masse circulante : vu d'hélicoptère, même l'embouteillage est réglé ; seule manque la fluidité du moment. À terme, les files ne cristallisent pas : c'est observé de l'intérieur que le foisonnement paraît chaos. À peu de choses près, la perception des séries minéralogiques présente les mêmes caractères ; un effet "cornet à dés" éparpille dans le

---

(119) M. Roche, op. cit., avait remarqué (p. 44) qu'on retrouvait, dans le maniement des avertisseurs, l'équivalent des "accents" et des régionalismes linguistiques. Il ne craignait pas non plus d'affirmer que "si un homme "bien élevé" devient mal élevé quand il conduit, il fait seulement la preuve qu'il n'est pas complètement bien élevé" (p. 67).

(120) Un solide chauffeur-livreur parisien, interviewé au cours du documentaire *Autofolies, panique dans la ville*, de F. Laffont et Ch. de Ponfilly (diffusé par A2 aux "Dossiers de l'écran", le 17 avril 1990), avouait que le seul fait de conduire un camion en agglomération ressemble beaucoup à une promenade avec un fusil dans une forêt. Une batte de base-ball - avatar du fouet des rouliers ?- était placée en évidence dans l'habitacle.

paysage le plus strict des agencements. Combien de fois rencontre-t-on côte à côte, seulement deux numéros attribués l'un à la suite de l'autre ? Pourtant, à vue de listing, tout est à sa place, d'abord dans le ventre de la machine puis, si l'on tient à raffiner, chaque véhicule tend à se mouvoir dans son aire (péri)départementale ou régionale, les 75 se promenant plus que les 48, tandis que les trop vieilles séries se retirent, l'une après l'autre, de la compétition, en prenant le chemin de la casse ou celui du garage. Au carrefour et sur les plaques, les probabilités confortent les écritures. Mais dès qu'un ordre quelconque prend, à l'échelle microscopique du vécu, l'aspect du foisonnement, il ne manque pas de susciter, la rêverie aidant des exégèses substitutives, des certitudes intermédiaires qui, à leur tour, se répercutent sur la matière normative, la marginalisent, l'occultent, la transforment, l'impliquent dans des jeux et des enjeux que la rationalité première excluait a priori et dont il lui faudra s'accommoder. Comment ? C'est toute la question. La sécrétion d'une métarationalité est sauvage, elle n'obéit à aucun protocole dont on trouverait quelque part l'expression écrite, la forme fixe. Mais elle n'est pas sans lien avec les cadres principaux de la formalisation rationnelle. Elle établit à partir de leurs produits toutes les dérivations non homologuées et sans existence légale, ce qui signifie qu'une analyse de cette sécrétion est impossible sans description préalable de l'encadrement ordinaire et légalement normatif, et sans que soient maintenues ensemble cette description et l'exploration des pratiques informelles qui relèvent de stratégies dominatrices, de conduites émotionnelles, et qui constituent enfin les multiples branches du polyype attendant au phénomène de sériation.

## 2.1. TECHNIQUES D'IDENTIFICATION

Bien des traits opposent, a priori, les deux grandes catégories de signes juridiques portatifs : du côté des avertisseurs optico-acoustiques, la fugacité, ou tout au moins l'irrégularité des manifestations, propice, on l'a montré, aux hardis impromptus ; du côté des plaques minéralogiques, au contraire, la prescription d'inamovibilité, et donc une exposition permanente. Ce n'est pas tout : les moyens sensoriels très élémentaires grâce auxquels les avertisseurs délivrent leurs messages -bruit, lumière, compte non tenu de l'élaboration technologique requise par les supports émetteurs- contrastent avec la sophistication langagière paradoxalement sous-jacente au laconisme minéralogique. À chaque voiture est attaché un "numéro", sa formule alphanumérique, et tout l'arrière-plan taxinomique qu'elle suppose, l'élaboration de codes et de répertoires multiples, avec leurs classes de lecteurs plus ou moins autorisés, plus ou moins habiles, plus ou moins passionnés. C'est que l'on a affaire, ici, à une institution de police, au sens étroit du terme : le signe n'est pas censé dispenser, dans telle ou telle conjoncture spécifique, un rappel à l'ordre ponctuel, il s'affirme comme un imperturbable rappel *de* l'ordre que les forces du même nom font régner sur la voie publique. De ce fait, il constitue véritablement le signe de reconnaissance ultime, le signe-butoir, qui coiffe et garantit tous les autres. On parvient donc dans une région où la discipline est complètement imposée de l'extérieur, soit que le dérapage incontrôlé des sons et des lumières -lesquels font une part si belle à l'autodiscipline- rencontre sa limite, quand la volonté d'être remarqué se trouve tempérée par la crainte d'être repéré, soit que la netteté d'une écriture, même sommaire, fasse texte là où

l'apparition temporaire du véhicule resterait une esquisse tremblée. Aussi les illégalités qui affectent -par défaut ou par excès- l'usage des avertisseurs sont-elles bien moins durement sanctionnées que la falsification minéralogique, vite assimilable à un maquillage d'identité ; là, écart de conduite, ici, faute plus que préméditée, rationalisée, avec son cortège encore obscur d'intérêts inavouables, nimbés d'une atmosphère criminelle.

Devant "chiffres" et "lettres", Queneau a placé les "bâtons". On se plaira à les voir doublement présents dans les immatriculations : houlette policière, qui s'évertue à régir le troupeau des autos (121), mais aussi écriture qui trébuche sur la rectitude, et laisse encore affleurer des bifurcations hasardeuses.

### 2.1.1. Nombres portés

Dès que la voiture a risqué de représenter l'anneau de Gygès des temps modernes, le législateur l'a assujettie à un étiquetage redoublé, qui prévient la tentation de se faire, sinon invisible, du moins illisible. Les plaques minéralogiques affichent une inscription individualisante qui rendra quasiment inutile toute description physique du véhicule vecteur. On n'aura pas ici la transposition appauvrie de gestes, de cris ou de sautes d'humeur que figurent volontiers les avertisseurs, mais le détachement avancé du minimum administratif en matière d'identification, le nom croisé avec l'adresse, le repérage des "coordonnées".

L'insécurité juridique engendrée par les progrès de l'automobile semble avoir, de la sorte, installé deux modes d'intervention symétriques : les avertisseurs optico-acoustiques ont une mission proleptique - anticipation de l'événement dommageable, faculté de se porter au-devant du danger pressenti ; les plaques, elles, se distinguent par une vertu que nous dirons "récursoire" - elles permettent d'organiser, en cas d'incident ou d'accident survenu, des retrouvailles qu'on s'efforcera de rendre réparatrices. Sans le céder en vigilance aux avertisseurs, elles mettent moins en garde qu'elles ne montent la garde, garantissant le droit de se retourner judiciairement contre le mobile sur le passage duquel on aurait des raisons graves de se retourner. À ce titre, elles méritent bien le nom d'indicateurs : de même que les avertisseurs signalent la chose dangereuse, les plaques portent indication d'imputabilité délictuelle ou quasi délictuelle. L'avertisseur inquiète, l'indicateur rassure : certes, mieux vaut prévenir, mais il n'est pas mauvais de se réserver de guérir.

Est-ce à dire que soit facilement congédiée toute opacité identitaire ? À constater la surcharge identificatrice dont bénéficie l'irritante "chose furtible" (122), il est permis de se le demander. Les décalages se creusent, obstinément, entre repérage de la machine et désignation de la personne en mouvement, entre propriété et responsabilité : le propriétaire, en effet, servira de fil conducteur -dans un premier temps au moins- entre tel fait de

(121) Le recueil d'essais auquel il est fait allusion a été publié une première fois par Queneau en 1950, puis, avec quelques modifications, en 1965 (Gallimard, "Idées", 370 p.). Quoique les voitures de tourisme ne soient pas les seuls véhicules à moteur pourvus de plaques minéralogiques, elles constitueront, ici encore, une référence privilégiée.

(122) Les juristes connaissent les "meubles furtifs", c'est-à-dire, par calque étymologique, volés ; construit sur le même modèle, "furtible" rappelle que les automobiles sont, parmi les meubles immatriculés, les plus vulnérables aux pratiques de soustraction frauduleuse, notamment parce que leur "maquillage administratif" est relativement aisé.

mauvaise conduite et tel conducteur en rupture de Code. Mais, pour restituer tout son relief à un signe érodé par un siècle de routine préfectorale, il faut commencer avec un peu d'histoire.

Quand les automobiles naissent à la réglementation nationale, avec le décret du 10 mars 1899, elles sont munies, on l'a vu (123), d'un système d'avertisseurs, mais non point encore de plaques d'immatriculation. Les nouvelles machines sont répertoriées sans formule minéralogique, et portent déjà, inversement, des plaques qui ne seront pas supplantées par l'instauration d'un repérage original (124). En outre, il convient de souligner que les automobiles n'ont été indistinctement assujetties à cette immatriculation que vingt ans après sa mise en place (125). Tout commence donc avec un "Rapport au

---

(123) Voir ci-dessus, note 10.

(124) Pour éclairer ce double paradoxe, il est indispensable de revenir brièvement sur les bouleversements que l'automobile introduit dans la réglementation, du roulage : G. Dortu (*De la circulation des automobiles*, thèse citée, 1904) a bien montré (p. 19) comment le législateur se trouve confronté à un tout nouveau problème de sécurité, qu'on peut résumer par deux mots : moteur et vitesse. Ici encore, l'ordonnance du Préfet de Police de Paris avait largement frayé la route, dès le 14 août 1893 (Dortu, p. 25). L'automobiliste se voit imposer à la fois la demande d'une autorisation de circulation (article 2) particulièrement contraignante, et l'obtention d'un certificat de capacité garantissant une maîtrise suffisante - c'est-à-dire, aussi, mécanique- du véhicule (article 6) ; la vitesse est limitée à 12 km/h dans l'agglomération, à 20 km/h en rase campagne (article 6) et jusqu'à l'allure d'un homme au pas quand un obstacle se présente (article 23). Pour constater les contraventions, on a recours précisément à une plaque, "portant le nom et l'adresse du propriétaire" (article 17) qui était prévue dans le Règlement d'Administration publique du 10 août 1852, mais dont on avait dispensé les voitures servant au transport des personnes et appartenant à des particuliers. Le décret du 10 mars 1899 adoucit les dispositions relatives à la mise en circulation (article 8) - il ne s'agit plus désormais que d'une "déclaration de mise en circulation" - et à la vitesse (article 14) - portée respectivement à 20 et 30 km/h -, reconduit l'exigence d'un certificat de capacité (article 11), mais introduit un système de contrôle sensiblement différent dans sa formulation. Si l'on compare en effet l'article 7 du nouveau décret à son précédent "national", l'article 16 rédigé en 1852, on note trois sortes de modifications : d'abord, le mot "plaque métallique" disparaît, ainsi que toute précision d'emplacement ("au côté gauche") et la mention de la "profession" ; en revanche, des informations techniques sont exigées. Voici le texte : "Chaque voiture portera en caractères bien apparents 1°) le nom du constructeur, l'indication du type, et le numéro d'ordre dans la série du type ; 2°) le nom et le domicile du propriétaire". L'usage d'apposer une plaque ne s'en est pas moins perpétué, comme en témoignent les allusions constantes des commentateurs à la "plaque de propriété" ou de "propriétaire". On voit qu'il n'est pas besoin d'invoquer les "plaques de contrôle" fiscal (voir J. Gaure, *Le droit de circulation des cycles et automobiles*, 1899, brochure citée) pour constater que les automobiles ont eu des plaques qui n'étaient point d'immatriculation. Quant aux inscriptions dont elles font l'objet, avant l'immatriculation qu'elles afficheront sur deux plaques jumelles, c'est la circulaire aux préfets du 10 avril 1899 qui les énumère, et décrit les va-et-vient organisés entre le service des Mines et la Préfecture. Compte non-tenu des certificats de capacité, regroupés dans un registre spécial, il ne faut déjà pas moins de trois autres registres pour consigner informations techniques et/ou identitaires : celui des procès-verbaux établis par l'ingénieur des Mines, qui attestent que le véhicule satisfait aux mesures de sûreté prescrites dans le décret (articles 2 à 6) ; le registre des récépissés que la Préfecture délivre en retour de la déclaration de mise en circulation, et dont la teneur est mise en évidence sur la voiture, conformément à l'article 7 du décret ; enfin, le registre des déclarations, tenu au service des Mines, qui porte la somme de ces diverses numérotations et "servira de base aux relevés statistiques" (§ 10).

(125) Les plaques minéralogiques apparaissent dans le décret du 10 septembre 1901, mais seules les automobiles susceptibles de marcher en palier à plus de 30 km/h doivent en être pourvues. Déjà (voir Dortu, op.cit., p. 45), on peut dire que cette catégorie est de loin la plus nombreuse. Mais la généralisation officielle de la mesure à toutes les automobiles n'est pas effective avant le décret du 27 mai 1921 (article 27), et c'est également dans ce texte qu'est inaugurée, à deux reprises, la rubrique "plaques" (pour l'article 5 et l'article 27).

Président de la République" (126), qui s'efforce de "concilier les intérêts de l'industrie des automobiles" avec "la sécurité de la circulation publique sur les routes" (127) "en facilitant aux agents chargés de la surveillance des voies publiques l'identification des automobiles". Aussi le nouveau dispositif reçoit-il la désignation de "plaques d'identité" (128).

Bien oubliée aujourd'hui, l'expression ne laisse pas d'être à la fois surprenante et annonciatrice d'un avenir brillant. On peut s'étonner que cette "plaque de propriétaire" bis (129) accapare la notion d'identité, et que,

(126) Le Rapport du ministre de l'Intérieur et du ministre des Travaux publics est daté du 11 septembre 1901 ; suivent : un décret, qui dit en tenir compte, mais qui est, curieusement, daté du 10 septembre, puis un arrêté et une circulaire aux Préfets, tous deux du 11 septembre aussi. Il est clair que "l'emploi de ces deux plaques, destinées à être vues de très loin, ne dispense pas d'ailleurs le propriétaire de l'obligation de munir sa voiture de la plaque ordinaire portant son nom et son adresse" (Dortu, op. cit., p. 45).

(127) Le Rapport stigmatise longuement les conducteurs qui se laissent "aller de plus en plus à l'entraînement de la vitesse" et qui, trop souvent, "après avoir causé un accident, préoccupés d'échapper aux sanctions qui pourraient les atteindre, [...] se dérobent, sans avoir pu être reconnus". La création des plaques minéralogiques intervient dans un climat de franche hostilité à l'automobile : la "guerre aux chauffeurs", déclarée en 1900 par les tribunaux, au grand scandale de certains juristes (voir J. Imbrecq, *Les excès de vitesse en automobile et leur répression. Réglementation, jurisprudence, historique et conseils pratiques*, Paris, Vve Ch. Dunod, 1903, 62 p.) nourrit encore une campagne d'opinion à la fin de 1907, date à laquelle voit le jour une "Société protectrice contre les excès de l'automobilisme", et un projet de loi, déposé à la Chambre le 12 mars 1908, visant la création d'un "casier automobiliste" (voir L. Poidebard, *La circulation des automobiles, étude de Droit comparé et de Droit international*, Paris, Librairie ancienne et moderne, 1913, 130 p. ; p. 3 et 17). Parallèlement, "l'automobile, pour tout économiste, a cessé d'être un instrument de sport pour devenir un instrument de transport" (voir A. Vicaire, *L'automobilisme au point de vue économique*, thèse Droit, Paris, Pedone, 1905, 159 p. ; p. 136) et c'est un facteur de richesse nationale dont on craint de briser l'expansion.

(128) Décret du 10 septembre 1901, article 1er : "deux plaques d'identité, portant un numéro d'ordre, qui devront toujours être placées en évidence à l'avant et à l'arrière du véhicule" ; l'arrêté précise que "les numéros d'ordre [...] seront fixés par l'ingénieur en chef des Mines de chaque arrondissement minéralogique" (art. 1er), la circulaire que "l'attribution d'un numéro d'immatriculation n'a pas besoin de faire l'objet d'une demande spéciale de l'intéressé" si l'automobile n'a pas encore été déclarée. Le support du nouveau numéro est, en effet, le récépissé de déclaration de mise en circulation délivré par la Préfecture ; mais le critère de la vitesse maximum impose désormais un détour par le service des Mines : "Vous ne délivrerez plus de récépissé de déclaration aux intéressés que lorsque ce récépissé vous aura été retourné par l'ingénieur en chef des Mines, après visa par lui, en ce qui concerne l'immatriculation éventuelle du véhicule" (§ 6). Un quatrième registre spécial voit le jour, c'est le "registre d'immatriculation des automobiles capables de marcher à plus de 30 km à l'heure" (ibidem). Le numéro attribué au véhicule est reporté sur le registre des déclarations tenu par l'ingénieur des Mines : c'est encore le document qui fait la somme des indications touchant toutes les automobiles, mais on voit qu'il se fonde dans le registre d'immatriculation dès que chaque voiture aura son numéro -et le recours à "un système d'immatriculation générale de tous les automobiles, sans distinction" est envisagé dans le Rapport du 11 septembre 1901.

(129) La plaque dite "de propriétaire" justifie d'indications identitaires (nom, adresse) : du reste, c'est l'expression "plaque d'identité" que les commentateurs emploient aujourd'hui à propos de R. 199 ("Tout cycle ou cyclomoteur doit porter l'indication du nom et de l'adresse de son propriétaire"). Inversement, dans la mesure où le parti-pris de l'immatriculation consiste à rattacher le numéro porté sur la voiture au propriétaire et non, comme en Belgique par exemple, au conducteur, les plaques dites "d'identité" ne se distinguent pas radicalement des plaques de propriétaire même si, dans un premier temps, elles ne concernent que les propriétaires des automobiles les plus rapides. C'est pourtant la distinction initiale de statut administratif selon la capacité de vitesse qu'il ne faut pas perdre de vue, et qui probablement explique le choix du mot "identité" -lequel renvoie beaucoup moins, en ce cas, à l'identité du propriétaire, qu'aux caractéristiques techniques du véhicule, tout en favorisant nombre d'ambiguïtés.

s'agissant d'une formule codée, le terme d'"identification" n'ait pas obtenu la préférence. Mais rien ne montre mieux la coupure que cette épiphanie alphanumérique introduit avec les numérotages ou les inscriptions utilisées concurremment (130). Les automobilistes l'ont instinctivement ressenti en dénonçant des plaques-mouchards qui ne s'imposèrent pas sans contestations identitaires (131). D'emblée, l'autonomie relative du signe lui permet d'éclipser les autres informations consignées : c'est qu'en lui s'effectue, pour la première fois, la fusion spectaculaire de l'objet-automobile et des textes qui désignent l'automobiliste-proprétaire. Attachée ostensiblement au véhicule, la nouvelle plaque est ressentie comme la transcription publique d'une individualité ; le codage creuse l'écart référentiel entre la chose et la personne qui a déclaré la mettre en circulation, l'effet déictique rayonne de l'automobile à l'automobiliste, et vient boucler le circuit des assimilations anthropomorphiques auxquelles sont largement portés les conducteurs. De tout cela, l'expression "plaques d'identité" rendait assez bien compte : elle éclaire pour nous, rétrospectivement, les phénomènes d'investissement symbolique dont ce type de signes juridiques continue à faire l'objet.

On trouve dans le premier système d'immatriculation un choix qui commande encore aujourd'hui la physionomie des plaques françaises : des caractères blancs sur fond noir. Mais la formule combine "un groupe de chiffres arabes" et des "lettres majuscules romaines caractéristiques du service de l'ingénieur en chef" (132). "Le groupe des chiffres sera séparé des lettres par un trait horizontal placé à moitié hauteur de la plaque", et la dimension des caractères, du trait horizontal, ainsi que des espaces libres sont très précisément millimétrés (133). La plaque arrière obtient doublement la préémi-

---

(130) L'instauration des "plaques d'identité" ne signifie pas, rappelons-le, la disparition des "plaques de propriétaire". Bien au contraire, leur coexistence subsistera longtemps après la généralisation de l'immatriculation automobile. L'erreur est fréquemment commise d'imaginer un rapport généalogique entre les deux types de plaques, et se combine avec la confusion des réglementations afférentes aux voitures particulières et aux voitures de louage, voire aux messageries. Ainsi l'article publié dans *Le Monde des Loisirs* du 10 août 1985 (p. XII : "L'alphabet des châssis") fourmille-t-il d'inexactitudes : les plaques d'immatriculation sont censées apparaître en 1899, on parle des "plaques d'identité, leurs ancêtres", et l'histoire de la réglementation du roulage est expédiée sans précautions.

(131) Pour les débats suscités par la pratique des premières "contraventions au vol" et les procès qui s'ensuivirent, on consultera J. Imbrecq, op. cit., p. 38/43. L'obligation d'arborer les plaques d'identité a été perçue par les automobilistes comme une sanction pénale - résultat d'un procès d'intention : "Ils disaient qu'on les considérait comme des bagnards" (M. Roche, *La conduite des automobiles*, P.U.F., 1980, 127 p. ; p. 84, note). La jurisprudence la plus récente (Conseil d'État, 29 juin 1990) illustre la persistance du contentieux afférant à la distinction nécessaire du conducteur et du propriétaire (Voir Dalloz-Siery, n° 27, 27 juillet 1991 - jurispr. p. 388 : annulation d'un arrêté préfectoral suspendant un permis de conduire pour infraction au Code de la Route, en l'absence de preuve permettant d'identifier conducteur et propriétaire du véhicule, et le propriétaire ayant contesté avoir été ce jour-là au volant).

(132) Arrêté du 11 septembre 1901, article 2. La circulaire de la même date donne la liste (§ 8) des 15 arrondissements minéralogiques qui ont justifié l'un des noms attribués aux nouvelles plaques. Les "lettres caractéristiques" utilisent l'alphabet, à l'exception de J, K, O, Q, V et W. L'arrondissement de Paris dispose pour lui seul de cinq lettres différentes (E, G, I, U, X), celui de Rouen de deux (Y ou Z).

(133) Arrêté du 11 septembre 1901, article 2. Ainsi, la hauteur de la plaque avant est de 100 mm (et les chiffres ou lettres de 75 mm), celle de la plaque arrière de 120 mm (et les chiffres ou lettres de 100 mm). La précaution allait de pair avec l'exigence de visibilité, et avait eu un précédent : le décret du 10 août 1852, dans son article 16 relatif à la plaque dite "de propriétaire", exigeait des "caractères lisibles ayant au moins 5 mm de hauteur", pour "remédier à un abus assez fréquent à Paris et dans plusieurs autres villes, qui consistait dans

nence, par la taille -ce qui se reflète dans la dimension des caractères-, et par l'éclairage nocturne (134). Ici intervient un croisement avec les avertisseurs optiques qui ateste de l'originalité de la plaque : elle n'avertit pas d'une présence, mais d'un enregistrement, d'une soumission à des règles qui vaut comme disponibilité permanente à la régularisation. Enfin, les instructions dispensées aux Préfets comportent déjà l'astreinte à une numérotation "strictement continue", et quelques prévisions relatives à d'éventuels développements du système (135).

Dans les années suivantes, et par petites touches, l'immatriculation automobile sera vite dotée de caractéristiques sur lesquelles est encore fondée la réglementation : on citera, par ordre d'apparition chronologique, la mise en place des séries spéciales W et WW (136), la prescription d'inamovibilité des plaques et leur extension aux "cycles à moteur" dans le "Code de la Route" de 1921 (137), enfin les dispositions particulières relatives aux véhicules militaires et aux omnibus "exploités par la Société des transports en commun de la région parisienne" (138). Mais, parallèlement à ces innovations, il faut

l'emploi de caractères microscopiques d'une lecture difficile" (Circulaire T.P. du 23 août 1852).

(134) Il est possible d'éclairer la plaque "par réflexion" ou de lui "substituer une lanterne qui éclairera par transparence un verre laiteux recouvert d'une plaque ajourée, de manière que les caractères constituant le numéro se détachent en clair sur fond obscur" (Arrêté du 11 septembre 1901, article 4).

(135) Circulaire du 11 septembre 1901, § 8 : "Le numéro d'immatriculation se compose d'un nombre qui, provisoirement, ne dépassera pas trois chiffres, suivi de la lettre affectée à l'arrondissement. Après les 999 numéros de cette première série, on inscrira une nouvelle série en redoublant la lettre caractéristique de l'arrondissement. Les arrondissements de Paris et de Rouen (Versailles) agiront ainsi successivement avec les diverses lettres qui leur sont affectées".

(136) C'est la circulaire du 1<sup>er</sup> avril 1909 qui crée la série d'immatriculation W, dont l'art. 2 de l'arrêté du 6 mars 1909 avait formulé le principe en faveur des "motoristes" (anglicisme désignant les réparateurs et marchands d'automobiles ou de motocyclettes) ; elle est efficacement complétée par la circulaire du 15 décembre 1921, qui met fin à l'obligation de peindre en rouge les plaques W pour les voitures dont les acquéreurs font l'essai avant d'en prendre livraison. La circulaire du 9 septembre 1921 crée le régime du WW pour les automobiles que les constructeurs exportent par la route et pour celles que les acheteurs étrangers acheminent à une frontière ou à un port d'embarquement ; la circulaire du 5 juillet 1923 étend la mesure aux acheteurs de l'intérieur. Pour plus de détails, on se reportera à l'ouvrage d'A. Goëau-Brissonnière, *Les numéros de circulation des professionnels de l'automobile*, Paris et Liège, Librairie polytechnique Ch. Béranger, 1930, VII+155 p.

(137) C'est avec le décret du 27 mai 1921 (officiellement baptisé "Code de la Route" puisque l'expression figure dans les Tables du Journal Officiel à partir de cette date) que l'obligation de porter des "plaques d'identité" est étendue, rappelons-le, à toutes les automobiles. Le même texte les déclare inamovibles (article 27) et y assujettit également les "cycles pourvus d'un moteur mécanique" (article 48). Désormais, les véhicules automobiles juxtaposent trois ou quatre types de plaques : de propriétaire, de constructeur, d'identité et, pour les transports de marchandises, de chargement. Seules les plaques d'identité sont en double exemplaire.

(138) L'arrêté du 26 juin 1922 procède à une modification de la taille des caractères qui doivent figurer sur les plaques (art.2). La hauteur de la plaque avant est ramenée à 90 mm, celle de la plaque arrière demeurant de 120 mm. L'article 5 fixe les dimensions des plaques d'identité destinées aux "cyclecars, quadricycles, tricycles, bicyclettes à moteur et motocyclettes" : 80 mm de hauteur pour les trois premières catégories, 70mm pour les deux suivantes, mais sans distinction des plaques avant et arrière ; du reste, "la plaque arrière des bicyclettes à moteur et des motocyclettes pourra ne pas être éclairée pendant la nuit" (article 6). L'article 7 dispense les plaques W et WW de l'inamovibilité, et l'article 8 précise la composition des numéros attribués aux "automobiles militaires" par l'autorité compétente ("ils se composeront au maximum de cinq chiffres sans lettre caractéristique et seront précédés d'une bande verticale aux trois couleurs nationales qui restera la caractéristique

mentionner divers aménagements dans la composition des numéros, qui sont autant de symptômes d'une saturation galopante, et dont un Arrêté prend acte juste avant que ne soit résolu un changement radical du système (139). À cette date, l'ambiguïté identitaire de ces plaques est saisissable à divers indices : tandis qu'un écrivain traite l'inscription minéralogique comme un nom propre désignant le héros -ou l'héroïne- d'un récit (140), l'Arrêté du 8 décembre 1927 est intitulé "Plaques d'identité des automobilistes". La doctrine explicite la double référence dont cet objet est le support : "Le numéro de la plaque d'immatriculation identifie non seulement la voiture, dont il constitue en quelque sorte l'état-civil, mais aussi la personne de son propriétaire. Usurper ce numéro [...] constitue donc une véritable usurpation d'état-civil. Au surplus, puisqu'il est admis de façon certaine depuis 1911 que le numéro doit être considéré comme l'équivalent d'un nom, on ne voit pas pourquoi l'usurpateur ne serait pas, par surcroît, puni des peines prévues contre ceux qui font usage d'une plaque portant un nom faux ou supposé" (141).

La circulaire du 30 avril 1928 représente la charte du nouveau système de numérotage pour les automobiles, lequel est entré en vigueur le 1er octobre de la même année. La perpétuation de la structure alphanumérique

---

exclusive des automobiles militaires"); quant aux "numéros d'ordre des omnibus automobiles, dont l'exploitation est affermée à la Société des transports en commun de la région parisienne", ils "seront fixés par le préfet de police" et "seront composés de quatre chiffres au maximum sans lettre caractéristique. Les numéros d'avant pourront être inscrits en noir sur fond clair; ceux d'arrière seront à caractères ajourés et éclairés la nuit par transparence". La hauteur des chiffres est de 85 mm.

(139) L'arrêté du 8 décembre 1927 -qui, admettant l'immatriculation d'origine des véhicules étrangers circulant en France, se contente de leur imposer la plaque de nationalité ovale "portant une ou deux lettres peintes en noir sur fond blanc" sans en exiger l'inamovibilité- décrit un numéro en trois segments et non plus en deux : "le numéro d'ordre comprendra un groupe de chiffres arabes constituant le numéro d'ordre proprement dit, puis des lettres majuscules romaines caractéristiques du service de l'ingénieur en chef, suivies d'un ou plusieurs chiffres arabes indiquant la série à laquelle appartient le numéro d'ordre" (modification de l'article 2 de l'arrêté du 26 juin 1922). C'est le résumé de plusieurs rallonges minéralogiques effectuées depuis 1905 (voir J.-J. Pitres, *L'immatriculation des véhicules automobiles*, thèse Droit, Paris, 1947, 144 p.; p. 9/10) : la circulaire du 6 mai 1905 autorise, après la lettre caractéristique (voir note 135), l'emploi d'un chiffre-indice (de 2 à 9) ; les décisions ministérielles du 19 avril 1910 et du 18 juin suivant autorisent la création de numéros d'ordre à 4 chiffres mais pour les séries à lettres simples seulement. Toutefois, à Paris, on fut obligé d'employer des numéros à 4 chiffres pour les séries G 3 et G 7. Enfin, la circulaire du 14 mai 1924 autorisait les chiffres-indices à deux chiffres quand le numéro d'ordre ne dépassait pas trois chiffres. Pour ces nouveaux types de numéros, deux dispositions sur la plaque étaient possibles : en une seule ligne -et, dans ce cas, un trait horizontal séparait le premier groupe de chiffres du groupe des lettres- ou sur deux (numéro d'ordre sur la ligne supérieure, chiffres et numéro de série au-dessous). Entre 1901 et 1928, enfin, certaines lettres d'arrondissement qui n'avaient pas été distribuées se sont trouvées affectées en fonction de besoins nouveaux : le J à Strasbourg en 1919, le K à Poitiers, le O à Nancy, le V à Marseille, de sorte que seul le Q, à cette date, reste sans emploi. Les trois territoires français d'Afrique du Nord se distinguent par des groupes de deux lettres différentes (AL, MA, et TU).

(140) *La 628-E 8*, Paris, Charpentier, 1907, XVIII+468 p. est entrée en littérature comme Madame Bovary ou Eugénie Grandet. On notera que, pour Mirbeau, l'automobile était sans aucun doute du genre féminin (voir ci-dessus, note 5).

(141) C'est en ces termes qu'une décision du Tribunal correctionnel de la Seine (11 août 1909) est approuvée par A. Perraud-Chamantier, *Manuel pratique de l'automobile*, op. cit., 1927, p. 184/185. Il est remarquable que le rapprochement, et presque l'interchangeabilité avec la plaque dite "de propriétaire" soit déjà établi -même abusivement, selon Poidebard (op. cit. à la note 127 ; p. 13) qui ne voit là qu'"une analogie".

ternaire -numéro d'ordre, lettres caractéristiques et numéro de série- va de pair avec une transformation administrative d'importance, puisque désormais les lettres ne renvoient plus aux arrondissements minéralogiques, mais aux départements (142). De ce fait, l'immatriculation est attribuée directement par les services des Préfectures, et ceux des Mines se bornent à vérifier la régularité des déclarations de mise en circulation - sauf à être sollicités par le Préfet "sur les questions d'ordre technique" (143). On voit que si la dénomination "plaques minéralogiques" a survécu, dans l'usage, jusqu'aujourd'hui, elle est devenue impropre dès l'installation de la deuxième grande réglementation qui régit la matière. La séparation plus tranchée entre la Préfecture et les Mines se traduit par un regroupement de registres (144). Quant au nouveau numérotage, qui fait l'objet de prévisions beaucoup trop optimistes (145), il inaugure un codage des départements au moyen de l'alphabet, en vertu d'une déclinaison par emboitements successifs : le premier des départements -qui sont évidemment rangés par ordre alphabétique (146)- se voit attribuer plusieurs groupes de deux lettres combinant la première lettre de l'alphabet et la deuxième, puis la première et la troisième et ainsi de suite, de AB jusqu'à ZY, non sans quelques exceptions (147) et de grandes variations, d'un département à l'autre, en ce qui concerne le nombre des doubles-lettres attribuées (148). Enfin, c'est dans cette circulaire qu'est effectuée pour la première fois mention de la "carte grise" - raccourci familier du "récépissé de déclaration de mise en circulation" (149), et que se voit dispensé de toute nouvelle immatriculation le véhicule dont les propriétaires successifs sont domiciliés à l'intérieur du même département.

En dehors de quelques précisions afférentes à la pose des plaques ou à la disposition des numéros (150), l'essentiel de la réglementation complémen-

---

(142) "L'identification des propriétaires de véhicules sera basée non plus sur la lettre caractéristique de l'arrondissement minéralogique, mais sur des caractéristiques nouvelles, spéciales à chaque département". Chacune des combinaisons de ces lettres caractéristiques "permet l'ouverture de dix séries de 9 999 numéros, les lettres caractéristiques pouvant être utilisées avec ou sans un indice numérique d'un seul chiffre".

(143) Une seule exception: les séries W et WW restent attribuées par le service des Mines - et il en sera ainsi jusqu'à l'arrêté du 13 novembre 1958.

(144) "Il a été [...] reconnu que les registres d'immatriculation par arrondissement minéralogique, jusqu'ici tenus dans les bureaux des ingénieurs en chef des Mines, font double emploi avec les registres des préfetures et pourront être supprimés sans inconvénient".

(145) "Les préfets devront [...] s'en tenir strictement aux caractéristiques qui ont été attribuées à leur département et qui, d'après la plus forte consommation des cinq dernières années, doivent répondre aux besoins probables pendant au moins soixante-quinze ans". Le changement de système suivant intervint vingt-deux ans après.

(146) Algérie, Maroc, Tunisie et Établissements français de l'Inde se caractérisant, hors liste, par les doubles-lettres AL, TU, MA et IF - et Monaco par MC.

(147) "Certaines combinaisons de lettres ont été intentionnellement éliminées de cette répartition générale entre les départements, comme susceptibles de prêter à confusion avec les lettres de nationalité adoptées par les divers États qui ont adhéré à la Convention internationale de 1909". Il s'agit des groupes BG, BR, CS, CU, DA, DK, ET, FL, GB, GR, LR, LT, MN, MS, MT, NL, PA, PE, PL, RA, RH. Ne sont pas non plus utilisées les lettres I et O (par souci de visibilité, en raison de confusions possibles avec un, zéro, ou la lettre Q) ni le W des séries spéciales.

(148) D'un seul groupe pour l'Ariège (AZ) à 99 pour la Seine (de RB à VZ), par exemple.

(149) L'équivalence ne sera officiellement établie que plus tard, dans l'arrêté du 29 septembre 1936, où l'on lit "le récépissé de déclaration (carte grise)"; ici, l'expression est employée comme une évidence.

(150) Ainsi l'arrêté du 16 juillet 1931 fixe-t-il la hauteur minimale au-dessus du sol du bord inférieur de la plaque arrière, à savoir 30 cm (modification à l'article 3 de l'arrêté du 26 juin

taire, avant la deuxième guerre mondiale, consiste dans la mise en place des séries spéciales TT et CD (151). Par conséquent, c'est relativement à l'arrêté récapitulatif du 29 septembre 1936 - "Modèle et mode de pose des plaques d'identité des automobiles" et à la codification générale, fixée par l'arrêté du 20 août 1939 sur la police de la circulation et du roulage, qu'il faut évaluer les modifications introduites entre 1940 et 1950 : elles furent de bien moindre importance que celles qui affectèrent l'éclairage des véhicules. On mentionnera cependant quelques retouches de forme concernant les numéros d'immatriculation des véhicules militaires et des voitures du corps diplomatique (152), ainsi que la création de séries spéciales pour les tracteurs agricoles (153) et pour les vélomoteurs dont la cylindrée est comprise entre 50 et 125 cm<sup>3</sup> (154). Signe des temps : les règles de priorité prennent en compte,

---

1922), et autorise-t il, pour les cycles et motocycles, la disposition du numéro sur une ou sur deux lignes (modification de l'article 5 du même arrêté). L'arrêté du 29 septembre 1936 (article 4) précise que le numéro de la plaque arrière doit être lu, pendant la nuit, de la distance de 25 m, et celui du 2 juin 1938 (modification de l'article 3 de l'arrêté du 29 septembre 1936) régleme la l'inclinaison de cette plaque.

(151) La circulaire du 10 octobre 1933, relative à l'institution de cartes et de séries de numéros d'immatriculation TT pour les voitures étrangères, est complétée par l'arrêté de la même date, qui prescrit des "caractères blancs sur fond rouge et non sur fond noir". Quant aux séries CD (véhicules appartenant aux représentants du corps diplomatique), elles font l'objet de la circulaire du 17 août 1936. L'arrêté du 29 septembre 1936 réunit les dispositions afférentes aux séries normales, et aux cinq séries spéciales existantes. On a déjà cité (voir notes 136 et 138) celles qui concernent les séries W et WW, les automobiles militaires et les omnibus de la région parisienne ; l'article 2 décrit le mode de formation des numéros des séries TT et CD : " Le numéro d'ordre des séries TT est formé d'un groupe de chiffres arabes suivi des lettres majuscules T.T., d'un chiffre correspondant au dernier chiffre du millésime de l'année de la délivrance, et d'une lettre caractéristique du département où a été faite la déclaration de mise en circulation. [...] Le numéro d'ordre des séries CD est formé des lettres majuscules C.D. suivies d'un groupe de chiffres arabes et d'une lettre caractéristique du département où a été faite la déclaration de mise en circulation (lettre attribuée aux numéros des séries TT). [...] Ce numéro est reproduit sur chaque plaque d'identité, en caractères blancs sur fond jaune foncé". Enfin, pour les véhicules militaires, l'arrêté du 16 avril 1938 introduit une légère variante ; les chiffres (au maximum de cinq) et la bande verticale tricolore pourront être précédés ou non de la lettre M. "La bande verticale et éventuellement la lettre M constitueront la caractéristique exclusive des automobiles militaires".

(152) Arrêté du 4 janvier 1940 relatif à l'immatriculation des véhicules militaires : les lettres qui précèdent éventuellement la bande tricolore seront M, P, ou K. Arrêté du 20 mars 1940 relatif aux plaques d'identité des voitures du corps diplomatique : le numéro d'ordre de ces séries est formé différemment suivant qu'il s'agit de véhicules ayant acquitté les droits et taxes dus au Trésor (lettres C.D. suivies du système d'immatriculation des "séries normales"), ou de véhicules circulant sous un régime d'exemption temporaire des droits et taxes dus au Trésor (on a alors recours au système décrit dans l'arrêté du 29 septembre 1936, voir, ci-dessus, note 151) ; mais dans les deux cas, les caractères sont blancs sur fond jaune foncé.

(153) On omet souvent de signaler cette manifestation sémiologique de la sollicitude du gouvernement de Vichy pour l'agriculture. L'arrêté du 22 décembre 1941 fixe les "modèle et mode de pose des plaques d'identité des tracteurs agricoles" : "le numéro d'immatriculation [...] est formé d'un groupe de chiffres arabes constituant le numéro d'ordre, puis des lettres majuscules romaines caractéristiques du département et le véhicule est immatriculé, suivies ou non d'un indice numérique [...]. Ce numéro est reproduit sur les plaques d'identité des tracteurs agricoles en caractères blancs sur fond vert clair" (article 1). La dimension des plaques est différente suivant que le tracteur est susceptible de dépasser ou non la vitesse de 20 km/h (article 2). Dans ce dernier cas, la plaque arrière doit être éclairée (article 4).

(154) Arrêté du 13 septembre 1943. Comme pour les tracteurs (voir ci-dessus, note 153), il s'agit de numéros présentant la même structure que les "séries normales" (chiffres arabes de 1 à 9999, deux lettres caractéristiques du département, et indice numérique de 1 à 9). Pour reprendre les exemples donnés à la note 148, l'Ariège se voit ici attribuer les séries de 1 AZ 8 à 9999 AZ 8, et la Seine celles qui vont de 1 VJ à 9999 VM 9.

à titre de critère commode, les plaques d'immatriculation que portent les véhicules d'occupation (155). En raison de leur éclairage, les plaques arrière des automobiles sont assujetties, tout comme les feux, aux contraintes du camouflage (156), cependant que le fait même de circuler requiert l'exhibition d'attestations et d'autorisations expresses (157). La terminologie administrative, enfin, consacre l'adoption du "numéro d'immatriculation", qui vient remplacer l'expression ambivalente de "numéro d'ordre" (158).

C'est à partir de 1950 que se met en place le troisième et, jusqu'à ce jour, dernier grand système d'immatriculation (159), qui coïncide avec un

(155) Loi du 5 mars 1941, article 10 : "Les véhicules des troupes allemandes d'occupation ont toujours la priorité aux croisements et aux débouchés des routes" (§ 7) sauf quand il s'agit des véhicules des pompiers, de la police, de la défense passive ou des ambulances (article 6, § 3). Et le § 8 du même article 10 précise : "Les véhicules des troupes allemandes d'occupation sont reconnaissables à 1°) Leur laque gris fer ; 2°) Aux plaques spéciales d'immatriculation commençant par WH., WL., WM., SS., Pol., DR., RAD., NSKK. 3°) Aux fanions de commandement, ou 4°) À la présence de membres de l'armée en uniforme".

(156) Loi du 5 mars 1941, article 15, § 7 : "Tous les dispositifs d'éclairage autres que ceux qui sont mentionnés dans les § 5 et 6 [à savoir les phares des voitures et les lampes avant des bicyclettes] (feu arrière des véhicules ; automobiles, éclairage des plaques d'immatriculation, lumières de freinage, lampes placées à l'avant et à l'arrière des voitures attelées, etc.) doivent être obscurcis sur tous les véhicules de façon qu'ils ne soient pas visibles à plus de 100 mètres".

(157) L'arrêté du 29 août 1940 met en place un système de limitations draconiennes : seuls seront autorisés à circuler les véhicules strictement nécessaires "aux besoins des services publics civils ou militaires et aux services d'intérêt public", ou "au fonctionnement des services de ravitaillement". L'autorisation est affichée sur le pare-brise de la voiture, et se présente sous la forme de trois sigles : S.P. pour les services publics et d'intérêt public ; S.R. pour les services de ravitaillement ; A.T. pour autorisation temporaire. D'autre part, pendant les alertes, toute circulation est suspendue à l'intérieur des agglomérations, "sauf exception concernant les services de la défense passive", les "services de secours, médecins, etc." (Arrêté du 23 février 1944, article 15, par exemple). Pour avertir de la légalité de leurs interventions, ces véhicules ont été dotés de plaques minéralogiques spéciales portant la mention D.P. ou même S.P.D.P. suivie d'un chiffre (voir, pour des photographies qu'en font foi, la rubrique "L'album de famille : il y a trente-cinq ans (1939)", publiée par le lieutenant Viger dans *Allo 18*, revue de la Brigade des Sapeurs-Pompiers de Paris, n° 296 (juillet 1974), p. 39). De son côté, Paul Caillaud, évoquant ses souvenirs de guerre (*Nantes sous les bombardements, Mémorial de la Défense passive*, Éd. du Fleuve, Nantes, 1946, 195 p. ; p. 179) mentionne "l'emploi de la pancarte bleue D.P." - pavillon qui s'avéra souvent fort utile pour couvrir la marchandise Résistance. En revanche, ni l'ordonnance du Préfet de police de Paris en date du 11 octobre 1939 (*Bulletin Municipal Officiel de la Ville de Paris*, 18 nov. 1939, p. 2153), ni la brochure réunissant les textes relatifs à la défense passive publiés entre juillet 1938 et juillet 1939 (éditée par "Procivil", Centre de documentation pour la protection des populations civiles contre les bombardements aériens, Paris, octobre 1939), ne soufflent encore mot de ces plaques spéciales. Leur réglementation et leur usage ne semblent pas avoir fait l'objet d'une publication ultérieure.

(158) Décret du 18 octobre 1941, article 27, § 2 : "Tout véhicule automobile doit, en outre, être pourvu de deux plaques d'identité portant un numéro d'ordre dit "numéro d'immatriculation". Rappelons que l'expression "numéro d'ordre" désignait à la fois toute la formule alphanumérique et le premier groupe de chiffres arabes ("numéro d'ordre proprement dit"-arrêté du 29 septembre 1936, article 2).

(159) Le nouveau système d'immatriculation est décrit dans la circulaire du 11 mars 1950 - l'Annexe n° 3 détaille la composition des numéros caractéristiques des séries normales, car les séries spéciales ne sont pas affectées par cette innovation, et leur attribution reste réglementée par les circulaires antérieures dont nous avons fait état. L'arrêté du 1er mars 1951 représente, de manière plus décisive, la charte du remaniement, puisqu'il "annule et remplace l'arrêté ministériel du 29 septembre 1936" pour les "véhicules circulant sous le couvert d'un récépissé de déclaration postérieur à la date du 1er août 1951" (article 12).

nouveau modèle de carte grise en trois volets (160). Désormais, "le numéro d'immatriculation [...], constitué par un groupement de symboles" (161), n'utilise plus les lettres pour coder les départements, mais emprunte ses chiffres caractéristiques au code officiel géographique ; les deux premiers segments de la formule sont ainsi consacrés au déroulement des séries, dont elles facilitent l'expansion prévisible, tandis que le repère de géographie administrative se trouve déplacé en troisième position (162). On compte cinq grandes séries de numéros (163) et les plaques et signes d'immatriculation donnent lieu à de minutieux tableaux de mesures (164). Afin d'éviter toute confusion entre les anciens "indices" et les nouveaux indicateurs de départements -ou, plus précisément, les neuf premiers d'entre eux- on attribue deux chiffres à ceux-ci, en utilisant le zéro (01 pour l'Ain, jusqu'à 09 pour l'Ariège) (165).

Avec la grande codification de 1954 (166) disparaît l'exigence de la plaque de propriétaire mais est formulée celle du numéro de châssis (167).

---

(160) C'est par l'arrêté du 6 février 1950 qu'est mis en place, à partir du 1<sup>er</sup> avril 1950, un nouveau modèle de carte grise pour les propriétaires des véhicules faisant l'objet d'une première mise en circulation, d'une mutation, ou quand il y a changement de domicile d'un département à un autre. La circulaire du 11 mars suivant spécifie la destination des différentes parties qui composent la nouvelle carte. Un des volets -"la carte grise proprement dite"- est remis au propriétaire du véhicule ; un autre est adressé à l'Institut National de la Statistique, car il "a pour objet de permettre un recensement général et permanent des véhicules" et sera "exploité par un fichier central automobile" ; le dernier volet est conservé à la Préfecture. Il y alimentera des fichiers destinés à rendre superflus les anciens registres d'immatriculation. La nouvelle carte comporte dix-sept rubriques, et c'est la 14<sup>e</sup> qui est afférente au numéro d'immatriculation.

(161) On trouve pour la première fois cette désignation dans l'arrêté du 1<sup>er</sup> mars 1951, article 2.

(162) Circulaire du 11 mars 1950, 1<sup>ère</sup> partie, § 3 : "les numéros [...] seront composés [...] d'un numéro d'ordre dans la série comportant un à trois chiffres pour tous les départements, sauf le département de la Seine, où il pourra en comporter quatre ; d'une série comportant une à deux lettres ; d'un numéro représentant l'indicatif du département d'immatriculation et comportant un à deux chiffres". Ainsi, après épuisement des séries de lettres simples, prises de A à Z, on passera aux combinaisons AA, AB... jusqu'à AZ, puis BA, BB... jusqu'à BZ, et ainsi de suite jusqu'à ZZ. Pour les départements, on va de 1 (Ain) à 90 (Territoire de Belfort). Certaines lettres et séries de lettres ne seront pas employées : le I (confusion possible avec le chiffre un), le O (idem, avec zéro), le D (réservé aux voitures des Domaines), le W et les combinaisons WW, CD, et TT (séries spéciales), enfin MA (Maroc), AL (Algérie) et TU (Tunisie).

(163) Arrêté du 1<sup>er</sup> mars 1951, article 2 : séries normales (auxquelles se rattachent tracteurs, remorques et vélomoteurs), séries TT, séries CD, séries W et séries WW. Rappelons que les deux dernières séries continuent à bénéficier de numéros proprement "minéralogiques".

(164) Ibidem, articles 4 (pour les automobiles) et 7 (pour les motocycles). Pour la première fois aussi, dans cet arrêté, se trouve expressément évoquée la forme des plaques : "un rectangle dont le grand côté est horizontal" (article 4). Ainsi, les automobiles seront pourvues de plaques avant mesurant 100 sur 455 mm, de plaques arrière mesurant 110 sur 520 mm si le numéro est inscrit sur une seule ligne, et 200 sur 275 mm s'il est disposé sur deux lignes ; les plaques des motocycles de 65 sur 260 mm à l'avant, de 120 sur 140 mm à l'arrière.

(165) Circulaire du 21 août 1951. La possibilité de confusion était même double : avec l'indice pour les véhicules immatriculés entre 1928 et 1950, et entre lettre de série (nouveau système) et lettre simple d'arrondissement minéralogique pour les véhicules immatriculés avant 1928.

(166) Décret du 10 juillet 1954. La rubrique "plaques et inscriptions" apparaît au Titre II ("Dispositions spéciales applicables aux véhicules automobiles"), articles 97 à 102, au Titre III ("Dispositions spéciales applicables aux véhicules et appareils agricoles, aux matériels de travaux publics et à certains engins spéciaux"), articles 156 à 160, et au Titre IV

Une seule plaque d'immatriculation pour les motocyclettes (168) - celle qui est à l'arrière vient constituer l'exception à la règle des paires. Enfin, l'expression "plaque d'immatriculation" supplante décidément l'ancienne désignation "plaque d'identité" (169). Quant aux détails techniques, ils sont repris dans l'arrêté du 16 juillet 1954, qui modifie sur plusieurs points l'arrêté du ler mars 1951 (170). C'est à la veille de l'ordonnance qui donne son visage "moderne" au Code de la Route (171) que les séries W et WW sont répertoriées par départements : la dernière trace des anciens arrondissements minéralogiques est éliminée (172). Il ne s'en faut plus que de quelques arrêtés et circulaires pour aboutir à l'état actuel de la réglementation, tel qu'il se trouve consigné dans la dernière synthèse de référence, l'arrêté du 5 novembre 1984 (173). Les plus significatifs intéressent les trucages d'immatriculation (174),

("Dispositions spéciales applicables aux motocyclettes, vélomoteurs..."), articles 182 et 183 ; les cycles (Titre V) sont visés par la rubrique "Plaques" avec l'article 199.

(167) Article 97 : la "plaque de constructeur", elle, subsiste, accompagnée d'une garantie supplémentaire : "L'indication du type et le numéro d'ordre dans la série du type doivent être frappés à froid également, de façon à être facilement lisibles, à un endroit accessible, sur le châssis ou sur un élément essentiel et indémontable du véhicule". Il en est de même pour les tracteurs (article 156) et les motocyclettes (article 182). Seuls les cycles qui, en France, ne sont pas immatriculés, conservent, outre la plaque de constructeur, la plaque de propriétaire.

(168) Article 182 pour les motocyclettes, vélomoteurs, etc.

(169) Article 99 : "Tout véhicule automobile doit être muni de deux plaques, dites "plaques d'immatriculation", portant le numéro d'immatriculation..."

(170) Alors que l'arrêté du ler mars 1951 parlait encore de "plaques d'identité" (article 1), l'arrêté du 16 juillet 1954 précise que "le numéro d'immatriculation est reproduit [...] sur une surface dite "plaque d'immatriculation"" (article 1). Des modifications interviennent dans les séries spéciales : les numéros des séries TT sont désormais composés d'un groupe de quatre chiffres au plus ; du symbole TT ; d'un groupe de deux chiffres caractérisant le département où le véhicule est immatriculé [...]. De plus, le véhicule doit porter d'une manière apparente l'indication de l'année d'immatriculation sous la forme de quatre chiffres blancs de dimensions réduites sur fond ovale de couleur rouge. Dans le département de la Seine, si le nombre des immatriculations dans les séries TT le nécessite, une lettre majuscule de série pourra être ajoutée en caractère réduit" (exemple : TTA). En outre, la série IT est créée au profit des "véhicules appartenant à des agents diplomatiques, consulaires ou assimilés, résidant en France. Le numéro d'immatriculation est composé d'un symbole [...] caractérisant le département où le véhicule est immatriculé ; du symbole IT ; d'un groupe de quatre chiffres au plus. Ce numéro est reproduit sur chaque plaque d'immatriculation en caractères noirs sur fond vert clair. Les plaques d'immatriculation appartenant à des membres du corps diplomatique pouvant, de ce fait circuler sous le couvert de l'insigne CD, sont complétées à l'avant et à l'arrière par un écusson elliptique y attaché et comportant les lettres CD. La couleur des lettres et de l'écusson sont les mêmes que celles de la plaque d'immatriculation : caractères blancs sur fond noir pour les séries normales et noirs sur fond vert clair pour les séries IT. Les véhicules des chefs de mission diplomatique portent dans les mêmes conditions un écusson comportant les lettres CMD" (article 2). Le tableau figurant à l'article 7 est simplifié, puisque les mesures ne concernent plus que la plaque arrière des motocycles.

(171) Ordonnance du 15 décembre 1958, qui abroge la loi du 30 mai 1851 sur la police du roulage et des messageries publiques, et distingue dans le Code de la Route une partie législative d'une partie réglementaire. Les infractions relatives aux plaques -défaut ou falsification- y figurent deux fois (L. 8-9 et R. 239).

(172) Arrêté du 13 novembre 1958.

(173) L'arrêté du 5 novembre 1984 et la circulaire du 24 décembre suivant, ainsi que les textes qui, d'une manière ou d'une autre, ressortissent à la question de l'immatriculation, ont été réunis dans un fascicule spécial (n° 85-2 bis), disponible aux éditions du Journal Officiel, et intitulé *Immatriculation des véhicules* (IX+131 p.).

(174) Ainsi l'arrêté du 6 avril 1960, modifiant celui du 16 juillet 1954, précise-t-il que "Le numéro d'immatriculation est constitué par un groupement de symboles inamovibles et résistants à l'usage. Les symboles en relief, à surface métallique ou métallisée, ne doivent être ni biseautés ni arrondis". Et l'arrêté du 5 novembre 1963 insiste sur le fait que "Tous

l'introduction d'aménagements techniques, matériels (175) ou numériques (176), et la réorganisation de certaines séries spéciales (177). Depuis 1984 donc, sont définis "deux types d'immatriculation", celles "pour lesquelles sont délivrés des certificats dits "cartes grises" (séries normales, séries spéciales TT et TTT (178), séries spéciales diplomatiques et assimilées CMD, CD, C et K) et celles "pour lesquelles sont délivrés des certificats spéciaux" (séries W, WW, FFA, FZ et DF) (179). On ne s'attardera pas ici sur les conditions et les modalités d'immatriculation dans les diverses séries, ni sur les détails de la composition des numéros (180). L'automobiliste est rarement au fait de ces distinguos administratifs, et il n'aura pas toujours l'occasion de constater que le "fond" des plaques peut offrir six différents coloris, en combinaison avec trois teintes possibles de caractères (181). Les amalgames hâtifs et les dispo-

---

autres signes ou symboles non prévus par les dispositions du présent arrêté ne doivent pas être incorporés dans les plaques d'immatriculation".

(175) Par exemple, les dimensions des espaces entre les caractères figurant sur les plaques bénéficient d'une tolérance plus grande (Arrêté du 5 novembre 1983). Le même arrêté, complété par celui du 6 novembre 1983, autorise l'emploi des plaques dites "réflectorisées". L'arrêté du 3 janvier 1972 les décrit comme "comportant des caractères noirs sur fond réflectorisé blanc vers l'avant et orangé vers l'arrière".

(176) Menacé de débordement par la fièvre immatriculatrice de l'après-guerre, le nouveau système fait ses preuves d'adaptabilité : successivement, chacun des trois segments du numéro est l'objet de retouches qui ont d'ores et déjà assuré à cette combinaison le record de longévité. La circulaire du 18 avril 1966 instaure "règle" dite du "QA" pour freiner l'épuisement des séries de lettres disponibles : les services préfectoraux sont invités à utiliser quatre chiffres pour les numéros de série (premier segment) dès qu'ils atteignent le groupe de lettres QA, et même s'ils l'ont déjà dépassé. Certains départements particulièrement motorisés avaient d'ailleurs, depuis une dizaine d'années, recouru à ce moyen commode de multiplier les numéros disponibles. Le troisième segment fut affecté lors du redécoupage de la région parisienne, à partir de 1965, qui aboutit à la création des départements numérotés 91, 92, 93, 94 et 95, et permit une décongestion relative des immatriculations s'achevant par 75. Toutefois, il fallut, moins de dix ans plus tard, et précisément pour Paris, faire donner le deuxième segment : le 25 mars 1974, la capitale inaugurait les groupes de trois lettres, cependant que la "règle du QA" était abandonnée. Enfin, la bipartition administrative de la Corse introduisit en 1976, au lieu du code départemental 20, un panache exceptionnel de chiffres et de lettres dans ce troisième segment du numéro : 2A (Corse du Sud) et 2B (Haute Corse).

(177) Par exemple, l'arrêté du 20 novembre 1969 concernant les engins spéciaux, la circulaire du 10 mai 1971 qui supprime les séries IT, ou les circulaires du 7 octobre et du 23 novembre 1965 pour les séries diplomatiques et assimilées FFA, FZ et DF.

(178) Redevenus IT depuis l'arrêté du 6 février 1989.

(179) Arrêté du 5 novembre 1984, article 1er. On voit donc que l'immatriculation ne se confond pas plus avec la "carte grise" que les "plaques et inscriptions" avec les plaques d'immatriculation.

(180) L'arrêté comporte 68 articles, et son "Annexe I" donne toutes précisions utiles sur la structure des numéros dans les différentes séries. Une constante : "le nombre de caractères portés sur la plaque d'immatriculation ne doit jamais excéder huit". On se reportera au fascicule déjà cité (voir ci-dessus, note 173).

(181) Fond blanc (vers l'avant) et orangé (vers l'arrière) pour les plaques réflectorisées des séries normales, fond noir pour les plaques ordinaires des séries normales, les séries W et WW, les séries FZ (immatriculation des véhicules privés des membres des Forces françaises stationnées à Berlin) et DF (immatriculation des véhicules privés des membres militaires et civils des organismes de liaison des Forces allemandes stationnées en France), fond rouge pour les séries TT et IT, auxquelles se rattachent les numéros spéciaux des zones franches du pays de Gex (TTW) et de Haute-Savoie (TTQ), pour les immatriculations délivrées par le Commandement en chef des Forces françaises en Allemagne aux véhicules des services adaptés aux Forces (numéros composés de E + 6 chiffres dont le premier est un 9) et aux véhicules des administrations à la suite des forces (S + 6 chiffres dont le premier est un 9), fond vert pour les séries diplomatiques et assimilées (CMD, CD, C, K), fond bleu enfin pour

portions numériques entre les séries introduisent des écarts considérables entre le déchiffrable et l'effectivement déchiffré. Si la police connaît les limites des déductions identitaires opérables à partir des plaques d'immatriculation (182), celles-ci font communément l'objet d'une surestimation schématique. L'étiquetage, qui est d'abord l'aboutissement d'un processus de réception administrative, sollicitée, en raison de son aspect partiellement énigmatique, les outrances d'une réceptivité fluctuante, et finit par conférer à un visa un statut de vitrine.

Non sans rétro-action sur la réglementation elle-même : des aménagements curieux sont prévus dans la Circulaire d'application, qui reviennent à mettre en place des séries numériques acéphales (183). Pourquoi ces lacunes délibérées, alors que la disette des numéros est déjà au rendez-vous des années 2000 ? Il est clair qu'aucune règle comparable à celles qui tentent d'éviter les confusions de déchiffrement ne peut être ici invoquée. Ajoutons que, renseignements pris (184), cette prescription traduit officiellement, et non sans un retard considérable, des entorses plus officieuses au déroulement "mécanique" des numéros d'immatriculation. Ainsi les textes les plus récents obligent-ils à l'exégèse sociologique : c'est que, sur les plaques, s'inscrivent en surimpression lettres de noblesse et nombres imaginaires.

### 2.1.2. "Unde ?" et "Quamdudum ?"

La grammaire de l'immatriculation, forcément très élémentaire, s'organise autour du point de départ - sous les deux espèces du lieu et du temps. Si l'automobiliste ne rend compte au passant ni de sa destination, ni de son itinéraire, ni, en général, de son histoire de motorisé (185), il ne peut faire que ses plaques n'exposent, et en double exemplaire, une espèce de certificat d'origine. Loin des correspondances identitaires qui sommeillent dans les fichiers ou les ordinateurs de préfectures, le cadrage administratif, qui en est la partie avancée et avançante, induit des processus d'identification spécifiques,

---

l'immatriculation des véhicules privés des membres des Forces françaises en Allemagne et à la suite des Forces. Les caractères sont noirs dans le cas des plaques réflectorisées, orangés dans le cas des séries CMD et CD, et blancs dans tous les autres cas (y compris quand des véhicules relevant des séries CMD et CD sont acquis aux conditions du marché intérieur ou importés après paiement des droits et taxes et que le numéro est complété, à droite, de la lettre Z ou de la lettre X).

(182) Le "blanchiment" d'une voiture volée peut se faire en une semaine (voir, par exemple, *France-Soir*, 28 octobre 1988). En attendant la mise en place d'un Fichier National des Immatriculations qui empêcherait de jouer sur le cloisonnement départemental, la Brigade de répression du banditisme face aux vols et aux trafics d'automobiles recommande de faire tatouer sur les vitres, plutôt que le numéro d'immatriculation, le numéro de châssis, plus difficile à falsifier (voir *Liaisons*, Revue d'information de la Préfecture de Police, janvier/février 1990, p. 3/11).

(183) Circulaire du 24 décembre 1984 (fascicule cité, p. 32) : "Les dix premiers numéros de chaque série ne seront pas attribués, de même que le numéro indicatif du département d'immatriculation".

(184) D'après le Chef du service des cartes grises à la Préfecture d'Eure-et-Loir (entretien du 18 septembre 1989), la mesure aurait fait l'objet de deux circulaires (non publiées) en 1976 ; son homologue à la Préfecture de Police de Paris confirme (entretien du 27 septembre 1989) mais parle seulement d'une note de service. Nous reviendrons sur les pratiques qu'on essayait, ce faisant, d'éradiquer.

(185) À une ou deux exceptions près : la mention "90" qui signale un conducteur titulaire du "permis" depuis moins d'un an, et, plus récent, le sigle "C.A." (conduite accompagnée) réservé aux apprentis-conducteurs d'entre 16 et 18 ans.

en répondant globalement à deux questions : "à partir de quel endroit (unde) la voiture a-t-elle reçu son numéro d'immatriculation, et "depuis combien de temps (quamdudum)" cet enregistrement a-t-il été effectué ? La minutie codificatrice débouche sur une épure topologico-diachronique, laquelle assure au groupement de symboles une relative autonomie sémiologique. Autrement dit, les plaques d'immatriculation se trouvent au croisement de deux circuits exégétiques distincts : d'un côté, elles représentent le "nom de code" du propriétaire de l'auto, c'est, on l'a dit, un indicateur de coordonnées ; de l'autre, elles ouvrent sur un organigramme, le système d'immatriculation adopté par les services administratifs de tel endroit à telle époque. Ce sont deux niveaux différents dans le déchiffrement : pour aboutir, l'un aux personnes privées, l'autre aux institutions, ils exigent, dans le premier cas, la médiation d'un pouvoir -police-, dans le deuxième cas, celle d'un savoir -l'ordonnement à l'intérieur d'un État. Mais alors, les données sont assez nombreuses et complexes pour que, même lorsqu'il s'agit de son propre pays, l'automobiliste illustre bien des nuances qui iront de la présomption à l'érudition déchiffreuse. Tacitement investie de l'héritage qu'elle a absorbé avec feu la plaque de propriétaire et coupée, dans les rues, sur les routes, de ses répondants juridiques en "papiers", la plaque mène, de facto, une double vie : de signe juridique, et d'objet culturel. Suivant la plus ou moins grande abstraction du codage, et en raison des compétences plus ou moins étendues de ses lecteurs, elle offre un support de rêve aux interférences socio-juridiques (186).

Pour le regard qui appréhende la machine stationnante ou roulante, la plaque d'immatriculation fait inmanquablement l'objet d'une lecture machinale : conçue comme un condensé d'informations, elle constitue un précieux dérivatif pour l'inquiétude diffuse que suscite l'anonymat automobile, et donne assez efficacement le change à la curiosité spontanée qui ne saurait sans dommage se repaître d'une communication précise d'identité. Car, si "amiable" que soit le "constat", ce moyen d'acquiescer quelques certitudes procure des satisfactions limitées. En revanche, c'est en toute innocuité que la plaque sert de prétexte aux carambolages interprétatifs. À mi-chemin du fourmillement d'indications fournies par le véhicule lui-même -modèle, marque, état, couleur, etc.- et de l'écran qui protège l'identité de son propriétaire et/ou de son conducteur, la formule d'immatriculation est propice aux effets de halos identificatoires. Et d'abord, le signal ambulante subit une déviation qui lui confère quasiment le statut d'un indice, en vertu de déductions et de généralisations abusives, mais d'autant plus irrésistibles que le décryptage est plus fruste, partiel, et fondé sur des dichotomies irréfléchies. Parce que, dans la majorité des cas, on a chance de trouver le ou la propriétaire de l'automobile derrière son volant, l'assimilation fait systématiquement transposer les data saisissables du numéro d'immatriculation en appréciations sur le comportement. C'est l'autre versant des projections égoïques, abondamment décrites, par lesquelles le conducteur s'identifie à la machine qui prolonge et magnifie son corps. Elles emportent, aussi bien, la faculté pour autrui de se livrer à des traductions libres. Et la plaque d'immatriculation est un espace oxymorique,

---

(186) Nous avons eu pour guide, dans la découverte de la civilisation minéralogique, M. François Lassalle, membre correspondant, pour la France, d'"Europlate" -the European Registration Plate Association, fondée en 1972, -qui regroupe 500 collectionneurs de plaques d'immatriculation. Cette étude est largement redevable aux informations qu'il nous a communiquées avec une inépuisable obligeance.

en ce que les symboles attestant d'une classification élaborée peuvent devenir les vecteurs d'une psycho-sociologie fantaisiste. Le même scénario, que l'on pourrait intituler *Identification d'une plaque*, est susceptible de deux versions fort dissemblables, selon qu'il donne plutôt lieu à une lecture d'extrapolation, ou à une lecture de polarisation.

Quand le public reçoit ingénument le message d'immatriculation, c'est la question de lieu qui obtient, de très loin, l'avantage sur la question de temps. On peut aisément l'expliquer. À moins de se trouver à la charnière chronologique de deux systèmes, l'automobiliste percevra comme une évidence la structure d'immatriculation qui est caractéristique de son époque ou de sa génération : voilà pour la datation au sens le plus large ; inversement, la datation au sens étroit du terme, qui permettrait d'évaluer l'année et le mois exacts d'attribution du numéro, requiert une connaissance minutieuse de l'histoire des séries, dont l'automobiliste français, en général, se soucie peu. Au contraire, l'indication à caractère géographique rencontre des éléments de savoir rudimentaire, s'appuie sur une sensibilité vigilante qui distingue immédiatement divers états de familiarité, et se renforce, au besoin, de la clef que fournit une plaque de nationalité. D'où -si l'on garde le point de vue de l'automobiliste français- les effets de reconnaissance qui, sans que l'appréhension cesse d'être globale, tracent des lignes de partage entre les plaques senties comme communes et les plaques rares, qu'il s'agisse de séries spéciales ou d'immatriculations étrangères. Car, dans la mesure où coexistent plusieurs structures de numéros à l'intérieur d'un même pays, l'information topologique comporte aussi une dimension institutionnelle, qui fait aligner instinctivement les découpages catégoriels complexes sur les divisions territoriales : c'est dans la même zone indistincte d'extranéité que l'habitué des "séries normales" situera, d'un coup d'oeil, plaques des véhicules militaires ou diplomatiques, et plaques des touristes étrangers, parce qu'il ne reconnaîtra dans aucune l'élément qui, tout à fait à droite, lui donne ordinairement le repère départemental.

Mais qu'elle s'accroche au codage numérique des départements - d'autant moins mal installé dans les mémoires qu'il est également utilisé en fonction de code postal-, ou aux lettres-symboles des plaques de nationalité - plus aisément identifiables, comme initiales des pays, que ne le sont les modes de composition des plaques d'immatriculation étrangères-, la lecture d'extrapolation les surcharge précisément de lieux communs caractérolologiques. Et cette carte -fort peu tendre- des réputations nationales, régionales ou corporatives, s'établit à l'échelle du Code de la Route : en effet, la réglementation routière est devenue si vite une espèce de langue internationale que les réactions de rejet ou de sympathie sont beaucoup moins fonction des législations que des idéaux légalistes. À cette aune singulièrement floue sont mesurés les "bons" et les "mauvais conducteurs", et se perpétuent des stéréotypes de psychologie juridique, qui confèrent les brevets, toujours controversés, de la prudence ou de l'inconscience meurtrière (187). Or cette juridicité

---

(187) On y retrouve les grands clivages ville/campagne -réputation détestable des départements "ruraux", et acception insultante de l'apostrophe "paysan", mais aussi bien préjugés défavorables à l'égard des départements fortement ou exclusivement urbanisés- et Nord/Midi, qu'il s'agisse à cet égard de la France ou de l'Europe. Sur "la xénophobie automobilistique", voir, par exemple, B. Cacérés, *La fin des automobiles*, Paris, La Découverte, 1984, 174 p. ; p. 57. Mais on ne perdra pas de vue l'ambiguïté qui préside à la

irraisonnée repose sur une assimilation abusive du repérage administratif de la chose et du caractère présumé d'une personne originaire de tel endroit : les phénomènes de mobilité sociale lui donnent d'évidents démentis (188), sans pour autant faire disparaître l'irrésistible équation -plaque d'immatriculation/plaque d'identité- par laquelle certains prétendent résoudre une inconnue comportementale en la figeant dans une expression spatiale. À ce titre, la plaque fait fonction d'avertisseur, parce qu'elle induit des attitudes qui affecteront la mise en pratique des prescriptions légales. Mais on entre ici dans un domaine qui défie l'estimation, et même la supputation : comment apprécier au juste l'influence de la rêverie provoquée par telle ou telle plaque sur la patience et l'impatience automobiles, sur les prises de risques dans les dépassements ? Tout au plus pourrait-on en soupçonner l'importance à partir d'un mythe qui la prend à rebours : le fantasme de la plaque-caméléon, tel qu'il est mis en scène dans un film d'espionnage (189), montre suffisamment que l'immatriculation est d'abord et toujours sentie comme porteuse de révélations indiscrettes. Mieux, elle n'a pas besoin d'être intégralement déchiffrée pour être glosée d'abondance, à grand renfort d'affectivité (190). La lecture d'extrapolation met à profit tous les effets de clair-obscur que recèlent les plaques, cet atlas émiétté, polyglotte et prolix : d'un code topologique numérique à l'expression d'un lieu en toutes lettres, d'un alphabet inconnu à des syllabes reconnaissables, les notations géographiques usent aussi bien de la convention des chiffres que d'un décor pictographique, et couvrent le champ sémiologique balisé, dans la terminologie de Peirce (191), par l'index, le symbole et l'icône.

---

socialité automobile, et qui équilibre, plus que ne le soulignent les indignations bien intentionnées, relations d'agressivité et de complicité.

(188) Sur le territoire national, les phénomènes d'"exil professionnel" -éventuellement compliqués, pendant les vacances, par les prêts de voitures entre membres d'une même famille- contribuent à brouiller les cartes. Quant aux stéréotypes portant sur tel ou tel pays, ils trouvent leurs limites dans les processus de transmutation juridique : l'étranger naturalisé, le conjoint étranger, l'automobiliste pourvu de la double nationalité n'affichent pas ces caractéristiques sur la plaque d'immatriculation des véhicules qu'ils conduisent.

(189) *Goldfinger* (G. Hamilton, 1964). L'Aston Martin DB4 que les services secrets fournissent à leur agent 007 est pourvue de plaques d'immatriculation montées sur cylindres : quel que soit le pays dans lequel il lui faudra évoluer, l'espion aura ainsi le moyen de s'adapter à la norme minéralogique locale, et de protéger, au moins provisoirement, sa clandestinité. L'interchangeabilité des plaques métaphorise ici, tout autant que le passeport, le passe-droit.

(190) On se contentera de signaler le surcroît d'indulgence que vaut à un automobiliste hésitant ou maladroit une plaque de non-autochtone, et le surcroît de pathétique conféré à un accident par le fait qu'y sont impliqués des véhicules immatriculés "à l'étranger". On saisit très bien, dans ces exemples, la propension à la reconstitution imaginaire d'une biographie qui est stimulée par la plaque, et sur laquelle, finalement, repose la lecture d'extrapolation.

(191) Voir Ch. S. Peirce, *Écrits sur le signe*, rassemblés, traduits et commentés par G. Deledalle, Paris, Seuil, 1978, 263 p. On peut considérer comme ressortissant au pôle du symbole les plaques dont les éléments codés offrent le plus haut niveau possible d'arbitraire (c'est le cas partout où les lettres ont une valeur sérielle ou catégorielle, et où les chiffres, quand ils ne sont pas sériels ou catégoriels, codent par pure convention des divisions territoriales), comme se situant plutôt du côté de l'index les plaques sur lesquelles interviennent des codages manifestement motivés (lettres reproduisant l'incipit d'un découpage géographico-administratif, initiales catégorielles transparentes, ou citation d'une date), comme se rapprochant enfin de l'icône les plaques comportant un élément pictographique (blason, bande tricolore). C'est dire que ces trois catégories peuvent être illustrées à l'intérieur d'un même système minéralogique : en France, l'exemple serait donné,

Mais seule la lecture polarisante, qui envisage l'objet-plaque comme témoin d'une culture et non comme symptôme caractérologique, est en mesure de décrypter la masse d'informations historiques que la formule d'immatriculation a filtrée et convertie en symboles. Encore faut-il faire l'apprentissage de cette langue de métal, en réciter sans faute les déclinaisons fort irrégulières : ce n'est qu'au prix de la curiosité érudite qu'on pourra lire couramment les stèles automobiles, constellées d'idiotismes. Chaque administration a la clé de ses codes, qu'il faut le zèle des plaquophiles du monde entier pour répertorier, puis vulgariser dans une espèce de somme : c'est un véritable hobby, auquel les automobilistes d'Outre-Manche ont su initier bien des amateurs, et désormais les hiéroglyphes minéralogiques sont dotés de leur pierre de Rosette (192). Ainsi abordée, l'immatriculation délivre une foule d'indications politiques et diplomatiques générales, tout en illustrant des particularités sociologico-administratives : l'encyclopédisme peut être plus ou moins poussé, et varier en fonction des opportunités et des préférences personnelles. Les plaques sont comme des oignons exégétiques, dont les interprètes ne détacheront pas tous le même nombre de pelures. Car la gamme de savoirs qu'elles mobilisent possède une extension considérable, en même temps que la pauvreté des éléments combinés - chiffres, lettres, couleurs, et en très petit nombre - oblige à une perception aiguë de détails infimes. L'aspect global des plaques, en lui-même, est révélateur, car il existe des "styles" d'immatriculation dominants (193). Bien des événements nationaux ou mondiaux se sont traduits par des fluctuations minéralogiques (194), mais si l'on pénètre dans l'organisation et dans l'histoire de l'immatriculation elle-même, pour élucider les moindres détails du codage, la sophistication informationnelle peut aller très loin (195). Bref, si l'automobile permet d'inventer

---

respectivement, par les séries normales, les séries CD (pour les lettres) ou TT (pour les lettres et les dates), et enfin l'immatriculation des véhicules militaires.

(192) Il s'agit du livre *Registration Plates of the World*, édité pour la deuxième fois en 1987 (la première édition date de 1978) par l'Association Europlate (citée à la note 186), et imprimé en Grande-Bretagne. Les Britanniques s'enorgueillissent de posséder le système d'immatriculation qui bat tous les records de longévité dans le monde : c'est, à quelques légères modifications près, le même depuis 1903. Le livre réalisé par Neil Parker, John Weeks et Reg Wilson, et que nous citerons sous l'abréviation RPW, rassemble tous les renseignements disponibles sur l'histoire et les principes des systèmes d'immatriculation du monde entier, illustrés par de nombreuses reproductions de plaques.

(193) RPW distingue ainsi les styles français, anglais, américain, espagnol, australien, danois, etc., en fonction de l'aspect des caractères et de la physiognomie générale des plaques. Les effets de sillage économico-politique, souvent consécutifs à la colonisation, sont encore décelables, dans nombre d'États désormais indépendants, à travers le système d'immatriculation.

(194) On ne saurait ici être exhaustif, et on se contentera de signaler que les régions du monde qui furent ou qui sont particulièrement "sensibles" défient la sagacité plaquophile avec de véritables puzzles minéralogiques : La Sarre, Dantzig, le Liban, l'Europe de l'Est, etc. Un événement comme la réunification de l'Allemagne aura des retentissements significatifs sur l'immatriculation des véhicules.

(195) Le déchiffrement des plaques peut requérir la connaissance des alphabets grec, arabe, cyrillique, laotien, etc., des idéogrammes japonais, chinois, etc., donc, au bout du compte, des notions linguistiques précises et diverses. L'histoire des différents systèmes d'immatriculation - car la plupart des pays en ont adopté successivement plusieurs - fourmille de subtilités : il y a des dates-coupures, et des parti-pris de codages. On laissera de côté l'histoire de l'immatriculation française, dont il a été longuement question, pour donner quelques exemples européens : en 1973, les numéros belges sont passés de 5 à 6 caractères ; en 1983, les numéros grecs, qui n'étaient composés que de chiffres, ont combiné chiffres et lettres ; en 1987, les numéros irlandais, jusque-là articulés en deux segments,

"l'art sur la route" (196), elle est forcée d'effeuiller des extraits de Droit administratif que les conducteurs auront loisir de comparer. Par là s'aiguise la curiosité cosmopolite, car le repérage érudit donne le goût de la rareté, donc de l'étrangéité, et fonde le savoir d'un citoyen du monde. La rêverie ne périt certes pas avec le développement de cette passion éclairée, mais elle est canalisée à l'échelle des nations, des cultures, des civilisations : plus respectueuse, de ce fait, de l'individualité du conducteur que la lecture extrapolante, la lecture polarisante donne aux plaques la dimension de signes de reconnaissance, propices à l'expression d'une fraternité internationale, parce qu'ils témoignent des formes prodigieusement variées que peut prendre, devant la même question d'étiquetage, la réponse de l'ingéniosité taxinomique.

L'activité de déchiffrement, par laquelle est apprivoisée toute plaque sortant de l'ordinaire, se prolonge volontiers en appropriation systématique de ces objets porteurs de signes juridiques : il convient de s'arrêter quelque peu sur le type le plus achevé du plaquophile, le collectionneur de plaques d'immatriculation. La possibilité de s'adonner aux émotions de cette quête résulte de l'ambivalence qui fait l'originalité des plaques elles-mêmes : objets de propriété privée et supports d'un enregistrement d'ordre public, elles sont inamovibles et soumises à contrôles de police durant leur vie administrative, mais, au-delà, rejoignent le destin du matériel le plus banal. La plaque devient en effet indépendante de la voiture lorsqu'elle est découplée de la carte grise : c'est le cas en France lors d'un changement d'immatriculation consécutif à la domiciliation dans un autre département, et c'est ce qui se produit, plus radicalement, quand un véhicule s'avère hors d'usage. Les exigences des services administratifs ne portent que sur les "papiers" - à modifier, ou à détruire- et se désintéressent de la carrière des plaques qui se trouvent privées de répondants.

Alors, il est loisible au collectionneur de se livrer, en toute quiétude juridique, aux émotions du détective, et d'acheter, ou de se faire donner par le dernier propriétaire ce petit blason d'un corps automobile. Lequel se trouve ainsi tripletement détaché de ses conditions d'existence en tant que signe juridique : il n'est plus associé à l'inscription sur une carte grise, il n'est plus fixé à une carrosserie, il n'est pas non plus, en général, conservé en double exemplaire. Le pléonasme informatif de la paire réglementaire, utile dans une perspective policière, est évité quand l'intérêt historico-sémiologique commande le rassemblement d'échantillons assez encombrants. De plus, la prééminence de la plaque arrière -assurée, même quand deux plaques sont exigées, par les caractères plus grands et l'obligation d'éclairage- prend, dans certains pays, une forme tellement accentuée (197) qu'elle peut devenir un principe d'harmonisation pour les collectionneurs. Enfin, il faut probablement compter avec l'effet d'attraction que l'unicité sémiologique d'une formule d'immatriculation exerce sur l'unicité numérique des plaques : paradigme

---

sont devenus ternaires. Selon les pays, les catégories de véhicules sont codées par chiffres, par lettres ou par couleur de la plaque. Enfin, la Grèce est célèbre chez les plaquophiles pour la complexité unique, paraît-il, de son système.

(196) *Art on the road : the painted vehicles of the Americas*, Moira F. Harris, 1988. On fait allusion aux "kustom cars" (ou "customized cars") dont les carrosseries sont utilisées comme supports picturaux par leurs propriétaires : la mode vient du Sud de la Californie.

(197) Dans de nombreux États américains, la plaque arrière seule est obligatoire. En Belgique, c'est aussi la plaque arrière qui fait l'objet d'une émission officielle ; le propriétaire du véhicule se procure, si besoin est, une plaque avant, qui bénéficie d'une plus large tolérance en ce qui concerne le "style".

d'une synthèse identificatrice, la plaque-blason, la plaque-sceau, se conçoit préférentiellement au singulier.

Au total, les plaques d'immatriculation, acolytes de la mobilité, finissent par connaître la circulation prestigieuse, mais restreinte, des objets de musée : tableaux d'une exposition, elles sont soumises à une sélection dont les critères manifestent plus ou moins de raffinement en plaquophilie. La cote des plaques est fonction de leur rareté -pays difficilement pénétrables, par exemple-, de leur caractère significatif à l'intérieur d'un système -premiers ou derniers numéros d'une série, premiers exemplaires d'une nouvelle structure minéralogique, etc.- ou d'une esthétique particulièrement réussie -couleurs, éléments pictographiques, etc. Le mode d'acquisition de ces objets, qui suppose un certain décalage chronologique entre la date d'émission des numéros et leur entrée en collection, favorise la planification des choix et les calculs patients (198). À partir d'un compartimentage administratif fondé sur l'équivalence, et selon lequel les numéros d'immatriculation ont tous la même valeur, on voit ainsi se constituer des hiérarchies imprévues, et une idionomie d'amateurs supplanter, dans ce cadre, l'isonomie initialement mise en place par les pouvoirs publics. Ce plaisir d'instituer un ordre, que connaissent tous les collectionneurs, prend une intensité particulière quand la classification "privée" porte sur des objets officiellement destinés à une classification : c'est en quoi la plaquophilie porte beaucoup plus loin que la philatélie, ou que la vexillophilie, la jubilation spécifique du juridisme subjectif. Le fait qu'une collection de plaques ne puisse, en toute rigueur, se constituer qu'avec des exemplaires ayant effectivement rempli, pendant un certain temps, leur mission d'indicateurs (199) prend une importance considérable. À la racine de l'émotion plaquophile, qui ne se confond pas avec l'autophilie (200), il y a bien plus que la curiosité décrypteuse de signes "parlants", plus que la satisfaction procurée par la cristallisation pittoresque de données historico-géographiques, et même plus, probablement, que le goût des ordonnancements réfléchis propres à rassurer sur le foisonnement du monde. Ce que ne peuvent pas offrir d'autres objets-signes étatiques -qui, tels les timbres ou les drapeaux, réfractent en exemplaires multiples une identité nationale- c'est la dimension de la réserve identitaire individualisante : la fascination exercée par les plaques vient essentiellement de ce qu'elles font des automobiles autant de meubles à secrets d'État. La superposition d'une histoire administrative relati-

---

(198) Indépendamment des trouvailles qu'il peut faire chez les ferrailleurs, le collectionneur aidera volontiers la chance grâce à des ententes préalables avec les particuliers propriétaires des plaques convoitées. Pour entrer en relation, c'est-à-dire pour connaître l'identité des automobilistes qui détiennent ces petits trésors, les accointances administratives et policières ne sont évidemment pas négligeables. C'est ainsi que fut discrètement repérée, puis obtenue, par un plaquophile prévoyant, la dernière plaque émise sous le code départemental 20, avant le passage à la bipartition de la Corse en 2A et 2B.

(199) Alors qu'une collection de timbres peut se constituer à partir d'achats de timbres neufs et que la passion des drapeaux se satisfait de planches colorées. Même si l'on envisage la variante "abstraite" de la plaquophilie, qui consiste à collectionner les photographies de plaques arrière, on ne peut négliger la prévalence du souci "réaliste" : la technique employée permet en effet d'apporter une garantie d'environnement -cliché du coffre arrière du véhicule- et de coller étroitement à l'actualité des immatriculations.

(200) S'il est peu fréquent de trouver des plaquophiles qui ne soient pas également des autophiles, la coïncidence inverse n'est pas systématique : tous les collectionneurs de voitures (anciennes ou non), voire de modèles réduits automobiles, ne sont pas férus d'immatriculations.

vement difficile à déchiffrer, et d'une histoire individuelle dont le secret est légalement protégé, confère à la plaque d'immatriculation -même quand la reconstitution nominative est irréalisable ou inutilisée par les collectionneurs- le prestige des appareils détecteurs. À l'arrière-plan de la détection minéralogique, il y a, sinon "l'amour du censeur", du moins celui du contrôleur, l'euphorie de l'authenticité et l'enthousiasme pour les barrages à la fraude. Version ludique du réflexe policier, la plaquophilie sublime l'expérience de la légalité répressive : lorsqu'elle ne s'inscrit pas dans une pratique professionnelle spécialisée -c'est notamment un talent indispensable aux fonctionnaires d'Interpol- elle flatte chez les particuliers le sentiment de participer, si bénévolement que ce soit, au rodage social des techniques sécuritaires. S'il fallait voir dans ce hobby la transposition raffinée d'une récréation symbolique, on trouverait à coup sûr les plaquophiles dans le camp des gendarmes, contre les voleurs. La rencontre ordinairement fugitive des plaques, qui exige une grande acuité du coup d'oeil, procure à l'initié les joies de la capture ; une collection y ajoutera celles du trophée. La chasse se finit pacifiquement en réserve, et rassemble au moins trois modalités du même agrément : la vérification d'un bon ordre, sa reconstitution "personnalisée" - l'histoire personnelle du collectionneur rencontrant alors ses connaissances historiques en matière d'immatriculation- et enfin, la certitude de ses potentialités "personnifiantes", car la plaque est "anonymée", c'est un écran devant du connaissable. Le fétichisme peut ainsi constituer une variante des stratégies collectionneuses, si le plaquophile fixe son dévolu sur les plaques de véhicules ayant appartenu à des "personnalités", ce qui suppose mené à son terme le processus d'identification dont l'immatriculation est, dans tous les cas, porteuse. Ainsi la plaquophilie réussit-elle à convertir en phénomène au plus haut point rassurant ce qu'un regard mal averti perçoit comme une étrangeté. Éclairables d'un savoir à double ou même triple détente -date et lieu d'immatriculation, identité du propriétaire de la chose immatriculée-, les inscriptions mobiles sont autant d'émanations de magie étatique : par leur vertu quasi oraculaire, elles fournissent l'aventure sans risque, le secret sans mystère, et la poésie sans fiction.

C'est probablement pourquoi, tout au bout de la privatisation collectionneuse, ces signes de Droit routier seront susceptibles d'une re-diffusion publique par le biais de la commercialisation d'objets figurant justement des plaques d'immatriculation. Deux exemples nous paraissent typiques de ces prolongements : ils utilisent des canaux éminemment propices à la vulgarisation signalétique d'un contenu normatif, à savoir l'école et le "bistrot" - lieux de brassage de la population, très réceptifs aux mythologies de l'automobile, et qui se caractérisent par une intense activité déchiffreuse, appliquée dans un cas au savoir "scientifique", dans l'autre à des contenus événementiels ( les "nouvelles"). Le gadget scolaire, c'est la trousse métallique, parallélépipède très aplati, dont le couvercle reproduit l'apparence d'une plaque : le réceptacle à instruments d'écriture trouve son accomplissement en support d'inscription alphanumérique. Les plaques américaines profitent surtout, semble-t-il, de cette publicité un peu compromettante pour la juridicité du message : a beau jouer qui vient de loin. En leur faveur s'ajoutent la réputation d'universités fort vantées, et la mention explicite, dans la formule minéralogique, du nom de l'État, souvent agrémenté d'un slogan. La présentation d'un échantillon beaucoup plus diversifié caractérise, en revanche, le

projet mis au point par la Générale Sucrière (201), et qui consiste à envelopper les sucres servis en même temps que les consommations dans des emballages décorés avec des plaques du monde entier. Voilà, pour les collections de plaques qui servent d'inspiratrices, un étrange retour à la case papier. Mais l'association à la saveur sucrée des énigmes administratives est un biais ingénieux -de quoi donner le goût d'absorber des populations entières de codes ?

## 2.2. MARQUEURS D'IDENTITÉ

Éléments d'une langue artificielle affichée sans mode d'emploi, les formules d'immatriculation suscitent intensément les lectures "naturalisantes", qui tendent à parasiter les équivalences contenues dans les signaux officiels en les interprétant à la lumière des signes richement constitués des langues naturelles. Que la surcharge indicielle soit le résultat d'une opacité éprouvée -lecture d'extrapolation- ou d'une transparence laborieusement acquise -lecture de polarisation-, elle mine à plaisir l'ingénuité taxinomique : autant admettre que l'attention portée aux signes faibles, qui se trouve au principe des systèmes codés, se mue irrésistiblement en faiblesse pour les signes portés à l'attention collective. Et, de fait, les plaques font socialement signe, à l'instar d'autres signaux classificatoires plus directement disponibles - parce qu'empruntés à un lexique "naturel"- aux saturations mondaines : les plaques des noms de rues. Au total, on parlera d'une "belle plaque" d'immatriculation comme on évoque la "belle adresse" d'un particulier. C'est assez dire à quel point les grilles officielles apparemment les plus austères peuvent être transfigurées par des investissements symboliques.

La voiture matérialise de trop importants enjeux touchant l'identité pour que les plaques d'immatriculation n'en soient pas devenues l'espace de fixation tout désigné. Voilà un cartouche de métal censé favoriser l'identification, mais en délivrant une énigme : la tentation est grande d'orienter, en fonction de stratégies identitaires, le déchiffrement spontané et partiel dont se contentera la majorité des quidams. Dans la mesure même où elle impose un détour identificatoire, la plaque est exposée aux procédés de contournement identitaire. Le jeu social trouve son compte dans ces suggestions, qui laissent de côté l'identité-plancher -telle qu'un dévoilement de coordonnées pourrait tout uniment l'établir- au profit d'une identité de plafond - en trompe-l'œil. Il ne s'agit pas de chercher à identifier quelqu'un, mais de faire penser : "c'est quelqu'un". Alors, l'alchimie sémio-juridique atteint son but, le signal est bilingue - c'est-à-dire signet.

### 2.2.1. Plaques à la carte

Il y a, dans le mode d'enregistrement alphanumérique, une dimension de défi sémiologique à laquelle l'automobiliste moderne réagit plus ou moins consciemment : la proximité que les moyens de codage affectés à l'immatriculation entretiennent avec des techniques communes d'apposition

---

(201) Voir *Contacts* (Revue de la Générale Sucrière, n° 108, juillet 1989, p. 26) : "Du sucre en morceau... au sucre en plaque : la nouvelle collection de sucres enveloppés SOL reproduit des plaques minéralogiques sur les emballages. Une idée originale pour intéresser le public, sous forme de jeu, à l'immatriculation des véhicules". Une partie de la collection de plaques réunie par M. François Lassalle a été photographiée pour illustrer cet article.

identitaire -effet-initiales pour les lettres, effet-matricule pour les chiffres (202)- ne contribue pas médiocrement à la percée des phénomènes de remotivation. Marque indubitable d'assujettissement administratif, la formule minéralogique peut en effet se muer en marqueur de raffinement identitaire, pour peu que soit couronnée de succès une ré-appropriation "personnalisée". Ce n'est pas seulement l'objet-plaque qui se trouve dans ce cas annexé par la sphère individuelle privée, mais la composition même de l'inscription à laquelle il sert de support : il existe donc deux niveaux possibles d'intervention pour l'automobiliste soucieux d'élever ses plaques d'immatriculation à la dignité esthétique d'"accessoire" (203). On les distinguera soigneusement, car ils sont loin d'être toujours cumulables. Tout dépend en effet des prescriptions qui régissent la structure des numéros et les modèles de plaques. Les autophiles -qu'il faut entendre ici pleinement au double sens d'amateurs de voitures et d'actifs narcissiques- ont beau ne rien négliger pour introduire leur "différence" dans les zones que la réglementation n'a pas rigoureusement balisées, force leur est de composer, sous peine de contravention, avec les normes en vigueur. Celles-ci sont assez strictes, en France, pour freiner, dans une très large mesure, ces manifestations de créativité individuelle, et pour rendre tentante l'opposition sommaire entre un plan (public) de repérage normalisé et un plan (privé) d'auto-désignations fantaisistes. En fait, les choses ne sont pas si tranchées, non seulement en France, où la "tolérance administrative" ménage quelques transitions coutumières, mais a fortiori dans les pays où l'option identitaire est prévue et autorisée par les règles même d'immatriculation. C'est à la lumière de ces pratiques, et au prix de ce modeste détour, qu'un certain nombre de modes, voire de trouvailles hexagonales, prendront leur véritable dimension. Ne serait-ce qu'en raison de l'attraction exercée sur l'esprit des automobilistes français qui en ont connaissance, par ces dosages tout à fait différents du subi et du construit en matière d'immatriculation. Dans un domaine comme celui de l'automobile, la subjectivation du contexte officiel s'effectue, pour partie, à l'échelle internationale.

La faculté de composer sa propre formule minéralogique est offerte aux automobilistes des États-Unis, d'Australie et du Canada : c'est le système des "personalized plates", dites aussi, éloquemment, "vanity plates", que deux pays européens ont aussi, depuis peu, adopté (204). Des séries spéciales, qui sont en général impossibles à confondre avec les séries normales (205), laissent toute latitude aux intéressés pour glisser, dans la structure alphanu-

---

(202) Qu'on pense aux initiales gravées sur les bagues, brodées sur le linge, ou reproduites, avec la signature, à chaque page d'un acte notarié. Pour les chiffres, on évoquera le matricule des militaires, les numéros d'agent attribués aux fonctionnaires, et, plus généralement, cette espèce de carte d'identité numérique que constitue le numéro d'I.N.S.E.E.

(203) Voir "Sons et lumières", section 1.1.2. , pour la notion d'"accessoire" automobile. On remarquera que, dans le cadre des pratiques de remotivation du signe, la coïncidence conducteur/propriétaire est quasiment parfaite : il est rare qu'on se soucie d'inscription identitaire sur un véhicule dont on n'a pas la maîtrise à la fois en Droit (propriété) et en fait (conduite).

(204) Il s'agit de la Suède, depuis le 1er janvier 1989, et de l'Autriche, depuis le 1er janvier 1990.

(205) Les dimensions des plaques et les caractères sont semblables, mais il y a, selon les cas, des différences portant sur les couleurs, sur le nombre de caractères, sur la teneur des slogans, sur la présence ou l'absence de certains symboles, etc. Quelquefois, on puise pour les séries personnalisées dans d'anciennes séries qui ne sont plus distribuées. Pour plus de détails, on se reportera à RPW.

mérique ordinaire, initiales et/ou chiffres-fétiches, ainsi qu'un slogan choisi parmi plusieurs formulations à la gloire de l'État concerné. Ce n'est d'ailleurs peut-être pas un hasard si l'aire de diffusion privilégiée des "plaques personnalisées" coïncide avec celle des slogans inscrits en toutes lettres, et intégrés à l'immatriculation : de la publicité pour un lieu donné à la promotion minéralogique de ses habitants motorisés, la continuité est compréhensible. En tout cas, ceux qui mettent le prix à une formule personnalisée -car ces "extras" représentent un impôt sur les amours-propres- se donnent le plaisir d'un cache-cache informationnel avec les services administratifs. Car même si l'émission de telles séries débouche sur des circuits de contrôle et d'enregistrement qui en rendent le repérage officiel aussi strict que celui des séries normales, le propriétaire peut se flatter que le codage n'est pas complètement dominé par l'autorité administrative, puisque c'est lui qui en détient la clé : la police ne maîtrise qu'un bout de la chaîne -la correspondance entre la formule d'immatriculation et l'identité du propriétaire- ; à l'autre bout -les critères et le sens du codage-, l'automobiliste a l'avantage d'un mystère compensatoire. N'y a-t-il là qu'illusion de voiler d'un côté ce que l'Administration force à dévoiler de l'autre ? Certainement pas, car cet affichage d'une intimité énigmatique -le connaisseur de plaques identifiera sans difficulté une "vanity plate", mais il ne pourra percer le secret du choix des symboles- représente un investissement identitaire assez subtil : un peu comme si l'Administration cautionnait un nom de code, un pseudonyme automobilistique. Mettre en scène son identification de manière à l'assortir d'un double fond, à exposer finalement une réserve inviolable d'intimité, voilà une traduction minéralogique assez congruente à la psychologie juridique de peuples qui se sont voulus des champions du libéralisme. La réussite individuelle s'épanouit dans l'achat d'une plaque de publicité personnelle (206), la formule d'immatriculation idéalise à la fois la signature de l'automobiliste et le chiffre de son compte en banque.

Le paradoxe n'est donc qu'apparent, à l'intérieur de ce type de système minéralogique, qui fait coexister les plaques personnalisées -affichant une part d'indéchiffrable- et des plaques abondamment "légendées", sur lesquelles des mentions explicites (207) voisinent avec les symboles alphanumériques et réduisent d'autant l'intérêt du déchiffrement. C'est la vocation de ces plaques à faire office d'écrêteau (208) qui, au bout du compte, assure l'insertion régle-

---

(206) Voir *Le Monde* (7 août 1987, p. 4) : "Les Californiens éprouvent une sorte d'attachement passionnel pour leur automobile, du même ordre que pour leur femme ou leur maîtresse. Plus de 1.500.000 automobilistes californiens -soit 7 % du total- ont des plaques d'immatriculation "personnalisées". Moyennant quelques dollars supplémentaires, en effet, l'administration vous attribue une plaque portant votre nom au lieu de chiffres". Dans le feuilleton *Dallas*, les milliardaires texans possèdent ainsi des voitures immatriculées à leur nom de famille, avec un numéro qui situe les individus à l'intérieur de la "dynastie". C'est la version explicitée, eu égard au téléspectateur, des principes identitaires qui sont à l'œuvre dans la pratique des plaques personnalisées.

(207) Dans certains États, les plaques légendées comportent en toutes lettres la désignation de catégories de véhicules, ou de catégories de personnes, qui, en France, serait effectuée tout au plus à l'aide d'inscriptions ou de macarons apposés indépendamment de la plaque. Pour les détails, dans lesquels on ne saurait entrer ici, voir RPW.

(208) On mesurera à deux traits ce qui sépare la conception américaine de la conception française des plaques d'immatriculation : d'abord, un parti-pris temporel différent, puisque les plaques sont émises pour quelques années (certains États ont procédé jusqu'à une date récente à des émissions annuelles) et qu'on renouvelle régulièrement les slogans

mentaire de formules partiellement cryptographiques. On trouve une variante fort instructive de ce double écart par rapport à la conception française de l'immatriculation, dans l'existence d'un autre genre d'option qui est offert aux mêmes automobilistes : la possibilité de faire figurer sur sa plaque son numéro de "cibiste" ou de "radio-amateur" (209). On est ici à mi-chemin des "séries normales" et des plaques vraiment personnalisées, ce qui éclaire d'ailleurs le cheminement des unes aux autres et l'étape déterminante représentée par les "séries spéciales". En effet, ces plaques qui permettent aux membres d'une même confrérie de se communiquer leur code-radio s'apparentent aux séries spéciales par les "préfixes" alphanumériques, et aux plaques personnalisées dans la mesure où le numéro est un mot de passe utilisable et non le résultat d'une classification "mécanique". On pourrait imaginer, en guise d'équivalence, que les automobilistes soient autorisés à faire figurer sur leur plaque leur numéro de téléphone : la substitution d'un codage à un autre, sans permettre l'identification nominative, ne déboucherait pas non plus sur une motivation "privée" -comme dans le cas des "vanity plates"- mais, au contraire, faciliterait l'interpellation de l'immatriculé par tout possesseur de téléphone. Autrement dit, la structure dialogique de la plaque minéralogique est susceptible de modulations diverses : en dehors du cas le plus fréquent, où la formule alphanumérique se contente d'assurer la communication -transparente- entre l'Administration et l'administré, et la communication -chiffrée- entre usagers de la route, il existe des exemples de communication partiellement chiffrée entre l'Administration et l'administré -les plaques personnalisées- et de communication partiellement transparente entre usagers de la route -les plaques des cibistes et radio-amateurs. C'est dire la complexité des jeux identitaires qu'instaure et que développe ce rectangle métallique dans le périmètre duquel s'effectue l'étrange connexion d'une personne et d'une chose. D'où ces effets de connivence, obtenus par les numéros-surnoms, ou les plaques de "clubs", dans les deux paradigmes que nous avons décrits.

Lorsque le système d'immatriculation n'autorise pas aussi libéralement l'innovation personnelle, la passion distinctive peut contribuer à l'infléchir, en élargissant les ouvertures qui avaient été concédées aux convoitises minéralogiques : c'est ce qui s'est passé pour le Royaume-Uni, où l'on observe un compromis original entre les aspirations aux plaques personnalisées et des contraintes administratives typiques de l'Europe plus que du Nouveau Monde. Le principe, légalement reconnu, qui fonde l'existence d'options en matière minéralogique, est celui du "cherished number", c'est-à-dire la possibilité de transférer à un véhicule nouvellement acquis la formule d'immatriculation dont on répugnerait à être désormais privé. La chasse aux numéros-fétiches aurait donné lieu, dès les premières émissions de plaques, à des réactions tellement frénétiques (210) qu'elle aurait provoqué la mise en

---

distinctifs ; ensuite, la pratique des plaques commémoratives, émises à l'occasion de grands événements -ce que d'autres pays confient à l'expression philatélique seulement.

(209) En anglais, son "call sign". La "carte administrative" de la confrérie divise l'ensemble des États en dix zones, numérotées de 0 à 9 ; ce chiffre figure sur les plaques comme "préfixe", en même temps qu'une ou deux lettres qui classent les usagers selon leur degré de spécialisation, et qu'un suffixe d'une à trois lettres (voir RPW, p. 429/430).

(210) Une description synthétique du système anglais du "cherished number" -introduit en 1903, en même temps que les plaques d'immatriculation- se trouve dans la revue éditée par l'Association Europlate à l'intention de ses adhérents (voir *Europlate*, 1er août 1989, p.

place de cette mesure, réservée, par conséquent, à un seul et même propriétaire, qu'elle autorise à conserver pendant toute sa vie d'automobiliste, s'il le désire, le numéro d'immatriculation dont il est féru. Mais les particuliers, à grand renfort de subterfuges, procédèrent bien vite à l'extension du système, et les numéros s'échangeaient d'un propriétaire à un autre bien avant que la réglementation ne se fût résignée à légaliser ces pratiques, ce qu'elle fit en 1977, et dont elle sut retirer de substantiels profits, car la taxe perçue fut, d'un coup, décuplée. Un autre principe admis par le système donnait aux Britanniques une certaine liberté : celui de la réservation, qui pouvait prendre deux formes. Ou bien on prenait une option sur un numéro d'une série dont l'émission était imminente, ou bien on sollicitait un numéro appartenant à une série anciennement émise, et obsolète, pour le remettre en circulation. Dans aucun de ces cas il ne s'agissait, à proprement parler, d'innovation : tout au plus, dans le deuxième, d'une rénovation. Mais cela fut suffisant pour nourrir les désirs de remotivation "personnelle" et lancer, par exemple, la mode des lettres symbolisant les initiales de l'automobiliste. À partir du moment où la vogue des numéros fétiches justifia le développement d'un véritable commerce, et même d'une spéculation acharnée (211), les procédures de réservation, désormais refusées par les Vehicle Registration Offices, se muèrent en loi du marché. La compétition est rude entre les transactions privées, qui tendent à faire proliférer les trucages, et le contrôle officiel des transferts d'immatriculations (212). Mais aussi l'obligation d'enregistrement

---

19/20 : " Vanities", par John Harrison), que nous a aimablement communiquée François Lassalle. Pour obtenir les numéros qu'ils convoitaient, les automobilistes allaient jusqu'à faire la queue toute la nuit, la veille de l'émission de telle ou telle série : d'où ce droit de conserver un butin qui avait justifié autant d'acharnement, et, selon J. Harrison, de perpétuer ainsi le souvenir d'une voiture de prédilection.

(211) John Harrison ne date pas précisément la période pendant laquelle la réservation sur des numéros à venir fut possible ("in the past") ; les demandes de rénovation concernant d'anciens numéros furent admises dans les années 50 jusqu'au début des années 60. Les "cherished numbers" sont achetables de particulier à particulier, mais on passe le plus souvent par des vendeurs spécialisés, qui en assurent la publicité, et prennent une commission sur les ventes. On citera, à titre d'exemple, un magazine au titre explicite : *Car numbers*. Les formules qui obtiennent les cotes les plus élevées -en dehors de celles qui correspondent à des initiales personnelles réunissent des séquences de trois lettres évoquant soit des prénoms, éventuellement médiatiques (TOM, SUE), soit des marques de voitures prestigieuses (BMW, JAG, RO), soit des sigles symboliques (tous les records de prix semblent avoir été battus par la plaque immatriculée VIP 1, dont on demandait £ 100,000.00). La technique de la "lettre-année", introduite en 1963 comme suffixe d'immatriculation, puis déplacée en préfixe depuis 1983, a contribué à faire flamber les cours des plaques antérieures, qui ne trahissent pas l'âge du véhicule.

(212) Les transferts ne sont autorisés que pour certaines catégories de véhicules, ceux qui sont sujets à un contrôle annuel, et il est interdit d'utiliser une plaque comportant une "lettre-année" en vertu de laquelle le véhicule pourrait apparaître plus récent qu'il ne l'est. John Harrison signale que, les transferts n'étant pas autorisés des voitures aux motos -alors que l'inverse est possible-, la tentation est fréquente, chez les motards, de trafiquer l'aspect de leur immatriculation : ainsi, XMA 5, judicieusement retouché, évoquera XMAS, et John Smith, pourvu de la formule JSO 123, préférera le groupement JS 0123. Certains sont allés jusqu'à la provocation, comme l'automobiliste Martin Davey qui prétendit transcrire en chiffres romains le numéro de sa Triumph (voir *Europlate*, ler mai 1983 il avait fait, de 4434 MD, IV IV III IV MD). Le gouvernement cherche à lutter contre ces divers abus, mais il lui est difficile d'intervenir sans être accusé de "casser le marché"... c'est-à-dire la tendance à la valse des plaques "cherishable" : comme un véhicule qui "cède" sa plaque se voit attribuer une autre formule, correspondant à son âge, les taux de rotation cumulés des ventes de

devient-elle pour certains un jeu palpitant, et confère-t-elle à de "chers numéros" le prestige des objets d'art qu'on s'arrache aux enchères.

Comparé aux modèles anglais et américain, le système français s'avère peu propice à la personnalisation licite : l'automobiliste n'a aucune latitude réglementaire en ce qui concerne la composition du numéro d'immatriculation, dont la "commercialisation" est absolument prohibée. Et si la plaque elle-même, à l'inverse de ce qui se passe dans de nombreux pays étrangers, ne fait pas l'objet d'une délivrance officielle, mais relève bien, elle, d'un marché privé, la marge optionnelle que laissent à l'usage les prescriptions millimétrées est extrêmement réduite. Or les visées de remotivation symbolique ne sont pas moins forte chez les automobilistes français que chez leurs confrères d'Outre-Manche ou d'Outre-Atlantique. Seulement, elles se trouvent réduites à des infiltrations discrètes : on accordera de l'importance à ces détails expressifs, parce qu'ils balisent l'itinéraire psychologique dont l'aboutissement se situera dans des zones de légalité moins assurée.

On distinguera trois manières d'infléchir, sans enfreindre en quoi que ce soit les règlements, le message minéralogique : autant d'usages qui attestent du besoin de combler ce qui est ressenti, sur la plaque "subie", comme un déficit identitaire. Un premier espace de création se dégage, en dehors du périmètre de l'immatriculation proprement dite, sur les plaques dont sont pourvus les modèles de voitures d'exposition, destinées à assurer, par exemple, la promotion d'un nouveau modèle : numéros factices, mais qui jouent volontiers de l'homologie alphanumérique entre la structure minéralogique ordinaire et la désignation des modèles adoptée par les constructeurs (213). En tout état de cause -que l'on trouve inscrits sur la plaque la date de lancement du modèle, le nom de la marque en toutes lettres ou un simple sigle- on est ici pour ainsi dire au degré zéro du codage : le message se donne à lire de façon quasi immédiate, comme étiquette identifiant l'objet. C'est l'agrandissement, à l'usage de la clientèle potentielle, des signes de marque qui sont portés par la carrosserie. Plus subtile, la remotivation symbolique se donne libre cours sur les plaques auxquelles, pour des raisons d'efficacité médiatique, on confie délibérément une fonction d'exergue : pures opportunités sémiologiques, les formules sont minéralogiquement "conformes", mais offrent un décryptage à la fois facile et plaisant (214). Assez rare, parce que difficile à

---

voitures et des ventes de plaques peuvent donner des résultats étonnants - J. Harrison raconte comment une voiture reçut, de la sorte, trois numéros en moins de six mois.

(213) Par exemple, DS 19, R 25, etc... Une réussite en matière de plaque publicitaire (voir *Roule la pub ! Essais sur la publicité de l'automobile*, sous la direction d'A. Montandon, C.R.C.D., Ophrys, 1988, 175 p. p. 106) est à porter au crédit de Fiat, qui, pour lancer le modèle "Uno", a mis en place un graphisme déjà tenté par le mimétisme minéralogique, et propre à mettre en valeur le prestige de l'unicité : 1 UNO 01.

(214) Ainsi, dans *l'Automobile*, septembre 1989, p. 16, trouve-t-on, à la rubrique "Le dingo du mois", une mise en scène photographique : une septuagénaire, rescapée d'un accident dans lequel elle a tué son moniteur d'auto-école, assise sur le bas-côté, déchire son manuel de Code, sous les yeux d'un gendarme et d'un photographe ; deux détails juridiques sont utilisés comme raccourcis narratifs, en raison de leur impact symbolique : la voiture-école est renversée sur le panneau "60 Rappel", pour connoter l'excès de vitesse, et elle porte le numéro d'immatriculation "145 DC 28", ce qui permet d'interpréter tragiquement la présence du passager à l'intérieur. On a affaire ici, probablement, à une vieille 4 CV de récupération, car la formule minéralogique correspond à une série émise en Eure-et-Loir à la fin de l'année 1959. Il est aisé d'imaginer, dans le même esprit, le parti que des cinéastes peuvent tirer d'un détail d'immatriculation soigneusement choisi : est-ce par hasard que, dans un film aussi dépouillé que *Le Camion* (M. Duras, 1977), la caméra laisse lire, au début, la plaque 1004 X

mettre en œuvre, ce procédé représente une variante enrichie du précédent, en ce qu'il n'a pas pour visée référentielle le véhicule seul, mais une situation, une atmosphère d'ensemble, voire la sensibilité du conducteur : la plaque n'est pas seulement explicite, elle est expressionniste.

Lorsqu'il n'est question ni de pseudo-immatriculations, ni de mise en scène spectaculaire d'une plaque authentique -procédés numériquement très restreints-, la propension à contourner l'énigmatique codage officiel trouve un exutoire commercial discret, mais assez largement répandu : il s'agit cette fois des "plaques avec bavette publicitaire" (215) que les fabricants proposent aux concessionnaires de telle ou telle marque. La pratique est fondée sur un double écart, spatial -la formule "en clair" se situe à la lisière de la surface immatriculée, grâce à quoi la réglementation n'est pas l'objet d'une infraction caractérisée (216)- et identitaire, puisque les coordonnées affichées ne renvoient pas au propriétaire du véhicule, mais à la raison sociale d'une maison de commerce. De ce fait, la plaque introduit à une dimension dialogique supplémentaire, celle qui s'instaure entre l'automobiliste et un partenaire décisif, son garagiste. Voilà même que la plaque d'identité du vendeur-réparateur éclipse, par sa lisibilité immédiate à courte distance, les références minéralogiques qu'elle parasite. Car la lecture extrapolante y glane des informations plus précises en matière de localisation : au lieu du simple code départemental, l'agglomération dans laquelle on peut supposer que réside l'automobiliste se trouve inscrite en toutes lettres. Les usagers, qui transportent volontiers des slogans auto-collants à la gloire de la marque et du modèle de leur voiture, quand ce n'est pas à celle d'un carburant, ne s'offusquent pas de cet appendice publicitaire. On pourrait même concevoir que le fait de "rouler pour" leur garagiste leur vaut en retour de disposer indéfectiblement de ses coordonnées, pour le cas où il leur faudrait, à l'improviste, requérir ses services : la "signature" commerciale jouerait ici le rôle d'un memorandum de fragilité et d'une attestation d'assurance anti-panne, avec le numéro de téléphone du garagiste en contrepoint du numéro d'immatriculation. On notera, pour finir, que les plaques ainsi "personnalisées" représentent, aux yeux du public, quasiment l'inverse des "plaques de garagistes" réglementaires, celles des séries W et WW -qui portent les numéros "provisoires", et connotent le plus grand vide identitaire possible en matière d'immatriculation (217). Mais, dans les deux cas, c'est l'intérêt du commerce qui distend quelque peu la dynamique d'identification : commodités d'enregistrement dûment prises en

---

92 (série émise dans les Hauts-de-Seine à la fin de 1968) ? Dans ce type de mise en valeur sémique, le versant "lettres" l'emporte sur le versant "chiffres", parce qu'il favorise une lecture spontanée, en deçà de toute perception d'un codage. C'est pourquoi, malgré les apparences, on n'est pas très loin des plaques factices précédemment évoquées : dans les deux cas, l'effet de déchiffrement est le résultat d'un pseudo-décodage minéralogique.

(215) On se reportera, pour des illustrations précises, aux catalogues des fabricants de plaques. "La Superplaque", S.A. (Rueil), propose, par exemple, ce type de bavettes sur lesquelles figurent le logo d'une marque ou sa désignation explicite, le nom du garage, l'agglomération où il se trouve, et son numéro de téléphone. Il y a même, pour les automobilistes qui n'en auraient pas été pourvus d'emblée, des "barrettes" à placer en complément des plaques, "avec publicité à coller". On notera, sans surprise, que ces "suppléments" affectent uniquement la plaque arrière, plus lisible à loisir dans la circulation ralentie - et même à l'arrêt, en raison de la ligne volontiers "plongeante" des carrosseries.

(216) En l'espèce, à l'arrêt du 5 novembre 1963 (voir ci-dessus, note 174).

(217) Dans sa préface à l'ouvrage, déjà cité, d'A. Goëau-Brissonnière (voir note 136), P. Chautemps évoquait "l'équation" posée par "un spirituel journaliste" : "W = X".

compte par les textes officiels, quand il s'agit de la vente des véhicules, et post-scriptum subrepticement adjoint à la formule minéralogique, parce que le support fait l'objet d'une transaction privée, assujettie à la logique publicitaire.

Le troisième type de contournement identitaire conjugue astucieusement des procédés mis en œuvre dans les deux précédents : la facticité combinée à la juxtaposition trouve son aboutissement dans une "plaque-bis", qui introduit un correctif aux informations déductibles de la "vraie" plaque. Cette pratique n'est pas le fait des professionnels de l'automobile, mais bien d'une catégorie de professionnels de la route. Derrière le pare-brise avant du camion qu'ils conduisent, et quelquefois même à l'arrière, mais en haut à droite de la carrosserie, certains routiers affichent un support minéralogique sur lequel ils ont fait inscrire leur prénom, ou leur surnom (218), suivi du numéro de leur département d'origine. Cette plaque est mobile, et transférable d'un véhicule à un autre au gré de leurs missions. Elle a pour fonction de combler le double hiatus que l'exercice de ce métier risquerait de creuser dans la chaîne d'identifications extrapolantes à laquelle incitent irrésistiblement les plaques fixées sur le camion. En effet, non seulement le conducteur du véhicule n'en est pas, la plupart du temps, le propriétaire - la coïncidence est beaucoup moins fréquente que dans le cas des voitures particulières - mais en outre, le port d'attache professionnel peut n'avoir aucune signification d'appartenance pour le salarié. La plaque d'appoint, signe de reconnaissance entre collègues cibistes, substitue un codage individualisant à une immatriculation qui serait sentie comme un dissolvant et non comme un renforcement identitaire : le besoin même de ce contrepoids confirme l'importance accordée aux réflexes de décodage spontané et la corrélation établie par les chauffeurs entre leurs coordonnées personnelles et la formule minéralogique de "leur" camion (219). On y reconnaîtra un officieux mélange des séductions qu'exercent respectivement les plaques personnalisées et les plaques de radioamateurs : le code personnel est ici déchiffrable pour le cercle restreint des habitués d'un parcours.

Quant à la foule des conducteurs-proprétaires d'une voiture particulière, désireux d'imprimer sur cette pièce "sensible" leur marque personnelle, ils se voient obligamment offrir par les accessoiristes une gamme assez large de supports et de caractères. C'est que l'automobiliste français, une fois pourvu du numéro d'immatriculation délivré par la Préfecture, se procure les plaques de son choix, sous réserve de respecter les cotes réglementaires. Or les fabricants ont su tirer parti des moindres "blancs" existant dans les textes et même ne se font pas faute, parfois, de les élargir, encouragés qu'ils sont par une très forte demande (220). La personnalisation, limitée à l'aspect de la

(218) Par exemple : CHARLIE 28, JOJO 34, MOUSTACHE 03, PALUSH 43, etc. Quand la phonétique s'y prête, le "modèle" minéralogique ne manque pas de s'imposer, comme avec D D 14.

(219) Ce n'est pas un hasard si ce phénomène s'est répandu dans une population pour laquelle le véhicule automobile représente quasiment un domicile annexe. Paradoxalement, l'identification conducteur/camion, intensifiée par les conditions de travail, se traduit par une scissiparité des "plaques d'identité".

(220) On laisse délibérément de côté, ici, les procédés de personnalisation qui font appel à des éléments distincts des plaques elles-mêmes, comme les auto-collants ou les "blasons" métalliques - vendus d'ailleurs aussi par certains fabricants de plaques revendiquant soit une identité régionale, soit des activités associatives, soit des affiliations sportives. En ce qui concerne la réalisation matérielle des plaques, il convient d'insister sur le fait qu'en France le graphisme n'est pas officiellement homologué. D'où des propositions d'alphabets imitant le

plaque, se confond avec la mise en scène dont on a décrit les ressorts à propos des avertisseurs lumineux : l'argument esthétique, la thématique de l'élégance, flattent chez l'utilisateur le plaisir de transfigurer un marqueur d'assujettissement uniforme en indicateur de supériorité.

La tradition artisanale qui fut à l'apogée dans "les années de chrome" se perpétue dans une plaque de grand luxe, pierre de touche du charme "rétromobile", la plaque Mailleraud (221). Plus encore qu'un label de bon-goût, c'est presque un manifeste de purisme automobilistique, qui illustre le défi propre au dandysme -connotations britanniques obligent- de remarquer la suprême élégance au fait même qu'on n'y remarque rien. La sobriété raffinée de cette plaque, sur laquelle la beauté de la carrosserie attire en général l'attention, métaphorise une parfaite plénitude identitaire : non seulement le propriétaire de la voiture a su parachever -en dépit des contraintes administratives- un ensemble qui est une œuvre d'art, mais encore il dédaigne de faire signe à d'autres qu'aux initiés, aptes à reconnaître la marque inimitable du bon faiseur (222). À un tout autre type de clientèle, qui se fait du luxe personnalisé une idée beaucoup plus tapageuse, s'adressent plusieurs sortes de "plaques de prestige", dont la rhétorique publicitaire vante l'annexion par la mode : "Les plaques d'immatriculation font maintenant partie des accessoires choisis en fonction de leur esthétique et de l'effet qu'ils produisent sur les véhicules" (223). Tantôt ces plaques flattent les rêves de "standing", tantôt elles séduisent par un effet d'assortiment, tantôt enfin elles profitent de fascinations "futuristes" (224). Mais l'argumentation que développent les vendeurs, quand

---

modèle anglais (proposé, par exemple, chez M.A.D., à Villebon-sur-Yvette) et les latitudes prises communément avec le relief, les espacements et mêmes les dimensions des caractères. On se demandera aussi dans quelle mesure les réticences des automobilistes français à s'équiper de plaques réflectorisées ne trouve pas son origine dans le fait qu'elles rendent beaucoup plus difficiles ces excentricités. Enfin, on remarquera que, sous la rubrique "plaques de collection", les fabricants (par exemple, "La Superplaque", déjà citée) aident les automobilistes à tromper leur envie de plaques "exotiques" : ils peuvent acheter -mais non fixer sur leur voiture...- des rectangles de couleur vive sur lesquels composer, en caractères adhésifs, les numéros et slogans de leur choix. C'est une variante -trop "facile" pour s'être élevée au niveau du "hobby"- de la passion plaquophile que nous avons commentée.

(221) Du nom de l'artisan perfectionniste qui les confectionnait, rue de Vaugirard à Paris. Aujourd'hui, la S.A.R.L. "Sofadip", productrice de "Starplaque" se fait fort d'en procurer à ses "bons" clients. Ces plaques, proposées en "modèle Rolls" ou en "modèle Jaguar", et que l'on voit fixées, à Paris, sur beaucoup de voitures de luxe, se distinguent par le fait qu'au lieu d'être simplement emboutis, les caractères sont sertis un à un sur le fond de plaque préalablement découpé. D'où une délimitation en relief d'une précision sans égale.

(222) Car les imitations approximatives ne manquent pas, favorisées d'ailleurs par la diffusion quasiment confidentielle des plaques Mailleraud. Ainsi "La Superplaque" propose-t-elle trois modèles de "plaques en relief", dont les caractères sont moulés, puis chromés, et enfin rivetés - série "lux chromé", "lux mat", et "lux réflectorisée".

(223) La formule figure sur le prospectus distribué au Salon "Equipauto 1989" par l'entreprise "Tiflex", qui se vante d'offrir "un produit de grande classe, haut de gamme de l'immatriculation", disponible dans trois styles aux noms séduisants : "modèle first", "modèle club" et "modèle sport".

(224) Les plaques "Tiflex" s'efforcent de répondre simultanément à ces trois types d'exigences suggérées aux clients autophiles. Sur la photographie de présentation, les plaques désignées ci-dessus apparaissent au milieu de quelques objets qui servent à orchestrer toute une stratégie métonymique : une coupelle en argent remplie de caviar, une flûte de cristal avec la bouteille de Dom Pérignon que l'on a commencé de vider, les bords de trois manteaux -cuir, astrakan et renard-, un rang de perles et une montre de dame. L'appel insistant à la partie féminine de la clientèle permet de fédérer les stéréotypes du luxe (mets et bijoux), de l'assortiment vestimentaire (fourrures et cuir) et de la modernité (montre). Car ces

ils s'expriment de vive voix, comporte des registres insoupçonnables à la seule lecture des prospectus, et notamment l'utilisation ambiguë des références à la vocation juridique de l'inscription minéralogique. C'est ainsi que stratégies commerciales et controverses entre fabricants concurrents sont l'occasion de capter diverses réactions de juridisme subjectif chez des clients sensibilisés aux prescriptions du Droit routier et désireux d'échapper à son riche éventail de sanctions. Les vendeurs de plaques qui privilégient les connotations modernistes -relativement au matériau et/ou au graphisme- font certes valoir les répercussions que ces nouveautés seront susceptibles d'avoir sur un respect plus attentif des règlements (225), mais ils n'oublient pas de suggérer quels avantages elles procureront à ceux qui se trouveraient en délicatesse avec les professionnels du contrôle (226). De leur côté, les tenants de supports plus traditionnels tentent de susciter d'autres hantises liées à la même fonction identificatrice (227).

La psychologie juridique des automobilistes est, dans une certaine mesure, au principe du choix qu'ils effectuent, avec la complicité active des accessoiristes, entre plaques dont la visibilité fait l'objet d'une réinterprétation

---

plaques ne sont pas en aluminium mais en "Altuglas", matériau plastique ; deux des modèles comportent un liséré ("argent" pour le modèle "first", rouge pour le modèle "sport") qui dessine un cadre autour de l'inscription et permet éventuellement d'introduire un contrepoint coloré à la carrosserie ; enfin, quoiqu'il ne s'agisse pas de caractères métalliques, la description publicitaire ne fait pas allusion à leur blancheur réglementaire -les "caractères blancs sur fond noir" des arrêtés-, mais multiplie les occurrences du mot symbolique "argent".

(225) Par exemple, l'entreprise D.E.E. (Clamart), qui commercialise les plaques "Azimut" en polycarbonate -"produit issu de la haute technologie aéronautique"- insiste sur le fait que ce matériau assure un entretien facile, en raison de son invulnérabilité aux chocs, à la poussière, à la rouille, et à la "pollution" urbaine. Or l'obligation de maintenir les plaques dans un état qui en permette la parfaite lisibilité est sanctionnée par R. 239.

(226) Ce serait la clé du succès remporté auprès des adeptes de la conduite "sportive" par les caractères façon "cristaux liquides" -popularisés par l'affichage électronique sur des objets familiers comme les montres- ou les modèles de "plaques laser" -autre mot magique des années 80- en plastique moiré. Leur aptitude à brouiller par des jeux de reflets la lecture que prétendraient en faire l'œil du gendarme et le flash du "Trafipax" permet de voir ici, aux antipodes des plaques réflectorisantes, l'équipement des réflectaires à l'identification. La recherche de la "personnalisation" peut servir, paradoxalement, un désir intéressé d'anonymat illicite. On reconnaîtra, à cette occasion, les caractères d'un embrouillamini mythologico-technologique qui met aux prises diverses formes de lumière artificielle, façon laser contre genre flas, ou le face à face de deux intensités, l'une diffuse et brève, l'autre concentrée et continue. Le seul nom de "laser", fût-il employé de la manière la plus fantaisiste, devient une amulette contre le risque (somme toute fort bas) d'être "flashé" par un système, lui, très réel et sans grand mystère technique. Invoquer une technologie plus récente, plus savante, moins accessible, fait un contrepois imaginaire à la réalité. Au flash éblouissant, inattendu, dénonciateur, qui fige le contrevenant en état d'infraction, la "plaque laser" renvoie une irresistible amplification sélective -retour gagnant de l'arme fatale, légitime auto-défense de l'usager "pris en traître" par un procédé souvent contesté (voir *Chasseur d'images*, n° 112, mai 1989, p. 41 : "Du danger des fashes de face de la Gendarmerie nationale").

(227) On en trouve une illustration dans le discours publicitaire d'"Europe production", S.A. (Saint-Arnoult-en-Yvelines), qui commercialise "The instant plate" (en métal) : "It is highly resistant to shocks, colour fading, heat and will still allow the identification of a vehicle even after a fire". Les plaques en plastique sont, effectivement, inflammables. On voit comment la rhétorique commerciale utilise l'épouvantail du risque propre à l'automobile -l'accident suivi de la carbonisation- pour contrer la séduction de la prestidigitiation identitaire exploitée par les concurrents : l'immatriculation est ici présentée non pas comme une formule délatrice en cas d'infraction, mais comme un moyen d'identification précieux dans des circonstances dramatiques.

esthétique : il y a dans certains partis pris minéralogiques des indices qui inciteront les spectateurs à des extrapolations caractérologiques. L'aspect matériel de la plaque joue donc un rôle aussi dans les processus de décodage auxquels est soumise, en public, l'immatriculation.

Signe juridique dont les caractéristiques ne sont que partiellement standardisées, la plaque française se prête à de discrets, mais indéniables effets de "signature automobile" (228). Toutefois, l'impossibilité de procéder légalement à des aménagements qui intéresseraient la composition de la formule minéralogique elle-même canalise ces manifestations vers la création d'un contexte identificatoire, apte à minimiser l'immatriculation "subie" au profit d'une surcharge indicielle délibérément échafaudée. Autrement dit, le système est trop contraignant pour tolérer une recréation du signal, mais il ne l'est pas au point d'empêcher toute ré-appropriation du signal. Voilà pourquoi la plaque acquiert les dimensions d'une sorte de transformateur sémiologique, jusqu'à désamorcer, dans certains cas extrêmes, sa puissance d'indicateur au profit d'indications de "styles". Encore n'a-t-on envisagé ici que des exhibitions licites. Mais elles suffisent à faire soupçonner le violent désir d'en user avec "sa" plaque comme avec une "ardoise magique", c'est-à-dire de céder à la tentation de la subversion signalétique. La nature cryptographique de la formule minéralogique tend la perche, il est vrai, à la supercherie sémique : il y a moyen de fabriquer du sens avec elle -indépendamment des informations qu'elle a permis d'encoder. Un pas de plus, et l'on parvient à la substitution des codes - mais non sans tricherie.

### 2.2.2. Inscriptions de privilèges ou arithmosophie personnelle ?

Il y a bien un moyen, pour l'automobiliste français, d'éluider les hasards d'immatriculation : c'est d'agir à la source même, et de faire enfreindre à son profit la règle de numérotation strictement continue (229). Un système de réservation officieuse ouvre ainsi accès à un type de "plaques personnalisées" qui n'a pas d'existence officielle, mais une solide implantation dans l'opinion. Désignées sous le nom de "petits numéros" (230), puis, plus généralement,

---

(228) Le slogan figurait sur le stand "Tiflex" au Salon "Equip'Auto 1989". Il traduit exactement la perception d'un marqueur de juridicité qui n'est pas assez figé pour compromettre la ratification juridique de substantielles latitudes d'interprétation. Ainsi la "tolérance administrative" accueille-t-elle, on l'a vu, les lisérés en couleur, les bavettes publicitaires, les variations de corps des caractères.

(229) De la toute première circulaire relative à l'immatriculation, celle du 11 septembre 1901, qui précise : "Les inscriptions doivent être faites d'une façon strictement continue", à la dernière en date, du 24 décembre 1984 (fascicule cité, p. 32) où l'on trouve : "Les numéros d'immatriculation doivent être accordés uniquement dans l'ordre de réception des demandes", la prescription est restée immuable, mais sa réitération même est l'indice, en creux, de pratiques tendant à la malmenier.

(230) Ainsi, dans *Le Nouvel Observateur* (8/14 mai 1978) un dossier intitulé "France, terre de privilèges" (p. 59/76) faisait-il une place au phénomène : "Le plus recherché, c'est le "petit" numéro d'immatriculation de voiture (de 1 à 15) ; cela vous évite, paraît-il, toute contravention. Un ambassadeur connu a mené une longue et ardente campagne, qu'il a gagnée, pour avoir un numéro 5. Et les Compagnons de la Chanson ont des voitures immatriculées 9, chacune dans son département, ce qui donne la mesure de la performance" ("Nous autres privilégiés", par J. Alia, p. 60/66).

devenues numéros que nous dirons préférentiels (231), certaines formules minéralogiques auraient vertu de passe-droits. On est bien loin ici du plaisir qui consiste à utiliser l'immatriculation comme un espace d'exaltation identitaire individualisée, et même de son corollaire fréquent, la satisfaction d'afficher ses disponibilités financières. À l'intérieur du système français, tout "numéro" repérable comme ayant fait l'objet d'une entorse probable à l'impartialité de l'attribution sera interprété en termes de pouvoir et d'accointances avec la sphère des décideurs -politique et administration mêlées. C'est pourquoi il est censé engendrer à son tour l'impunité en cas d'entorses subséquentes au Code de la Route. Par ce biais, la fonction primitive de la plaque d'immatriculation se trouverait donc inversée : au lieu d'empêcher l'automobiliste d'échapper aux conséquences civiles et pénales de sa conduite, elle servirait de laissez-passer. Une surcharge indicielle à valeur générique -d'où surgirait l'équivalence entre des numéros particuliers et la désignation de personne influente, ou protégée- permettrait de modifier non seulement le sens, mais la finalité même du signal minéralogique. La gravité des implications -il en va de rien moins que de l'égalité devant les règlements, et de l'image de l'Administration chez des citoyens prompts à mettre en doute sa transparence- justifie qu'on s'attarde quelque peu sur le phénomène. Les numéros d'ordre sont-ils quelquefois des numéros aux ordres ? Et faut-il écouter leur histoire secrète aux port(ièr)es de la rumeur ?

De réticences en demi-aveux, de dénégations en dénonciations, les responsables des services qui délivrent les cartes grises reconnaissent l'existence d'une demande "anormalement" concentrée sur certaines catégories de numéros. Elle intéresse surtout les chiffres situés à gauche de la plaque, même si les séries de lettres peuvent éventuellement susciter des convoitises comparables : c'est qu'en raison des contraintes de temps et de lieu, le premier segment d'immatriculation est le moins malaisé à modeler sur une configuration préméditée. Quels sont ces numéros pour l'obtention desquels les sollicitations se font donc si pressantes ? Il semble qu'on puisse distinguer deux grandes orientations des préférences, qui reflètent l'ambivalence des jeux identitaires auxquels les plaques sont structurellement vouées. En effet, selon que l'immatriculation sera plutôt sentie comme attachée à l'automobile elle-même ou à son propriétaire/conducteur, autrement dit, selon que le numéro préférentiel favorisera l'effacement du conducteur devant son véhicule ou, à l'inverse, celui du véhicule devant son conducteur, il présentera des caractéristiques différentes, et ses connotations de "privilège" n'auront pas la même portée. Dans le premier cas, le parasitage du signal chiffré s'effectue au profit d'une mise en valeur "interne" -et on parlera de signet esthétique ; dans le deuxième cas, la surimposition oblige à la lecture "externe" -le signet sera politique.

Le perfectionnisme de l'amateur d'automobiles se traduit souvent par le désir d'un effet d'abysme minéralogique : il s'agit d'obtenir un numéro qui reproduise les chiffres affectés par le constructeur à la désignation de tel ou tel modèle. Plus l'automobiliste a consenti à un investissement important et plus il est porté à multiplier les démarches, en vue de conférer à sa voiture

---

(231) Depuis les circulaires de 1976 (voir ci-dessus, note 184) -pas encore parvenues à la connaissance des journalistes deux ans après, comme on voit dans la note précédente-, les numéros de 1 à 10 ne sont plus distribués.

une espèce d'apothéose identitaire (232). Par là, en effet, un simple exemplaire industriel -fût-il somptueux- accède au statut d'archétype : il est le seul à représenter, dans la série de lettres considérée et pour un département donné, le type sous sa forme chiffrée. Si la voiture est luxueuse au point d'être rare, le numéro préférentiel portera à son comble l'effet d'appartenance à une élite -richesse et puissance conjuguées. On n'est pas loin, en tout cas, du mécanisme de réappropriation analysé à propos des "vanity plates" américaines : le numéro procure la satisfaction de ne point être confiné dans une signification administrativo-policière, il boucle, en renvoyant au type de la voiture, un circuit d'apparente autarcie sémique. L'appellation automobile est de ce fait montée comme un joyau : la plaque devient véritablement la gourmette du véhicule. Mais, dans la mesure où, pour être remarquée, voire enviée, cette marque de raffinement requiert, chez les spectateurs, un minimum de culture autophile, sa recherche présente aussi quelques affinités avec les préoccupations du collectionneur plaquophile. Appliquée à un autre moment de la vie d'une plaque, la même passion joue ici des ressources contextuelles fournies par la carrosserie : la formule propose un décryptage à deux entrées, accessibles si l'on est averti et d'un code administratif, et d'un codage commercial. C'est exactement de la superposition inattendue des deux signaux que procède, en ce cas, l'effet de signet : le numéro n'est pas mis sur le compte d'un propice hasard, mais paraît trahir une entorse délibérée aux règlements. Toutefois, le pouvoir occulte que suppose pareille aubaine rencontre, auprès du public des connaisseurs, un accueil indulgent, et ce n'est pas la moindre des différences qui séparent les deux grandes catégories de numéros préférentiels. En effet, la finalité esthétique de cet "arrangement" minéralogique semble faire accorder à son bénéficiaire toutes les circonstances atténuantes : certes, le moyen employé n'est guère régulier, mais la beauté du résultat provoque l'attendrissement complice des amateurs. De plus, la faveur en question est sentie comme refermée sur elle-même, et tout entière contenue dans l'adéquation qu'elle réalise. Autrement dit, elle paraît refléter un plaisir d'initié, sans anticipation suspecte sur des satisfactions illégales supplémentaires : on lui reconnaît l'innocuité d'une fantaisie assez subtile, résultat d'un trucage de forme, mais peu susceptible d'être à son tour source de passe-droits. Tant il est vrai qu'on ne saurait confondre hâtivement la possibilité de détourner un circuit de distribution réglementé, avec le pouvoir effectif d'enfreindre en toute impunité les règles de la circulation. Les enjeux, et par conséquent l'importance des pressions exercées, ne se comparent pas. Pour donner libre cours aux penchants esthétiques ou ludiques qui s'expriment si volontiers par le biais minéralogique (233), il n'est pas toujours besoin de trafics d'influence. Le numéro "esthétique", pas plus qu'il ne témoigne systématiquement d'un poids social considérable, n'est fixé de manière exclusive

(232) On peut admirer sur les voitures de luxe ce genre de "coïncidences" : les numéros 911 ou 914 pour des Porsche, 300 ou 500 pour des Mercedes, 325 ou 735 pour des BMW, etc. Les combinaisons avec les lettres sont plus rares, mais d'autant plus prisées : par exemple, 21 RN ou 25 RN pour les Renault haut de gamme.

(233) Justement à cause de son aspect ordinairement aléatoire, le numéro d'immatriculation sert lui-même de base pour tenter la chance : on le joue au tiercé, au loto, etc. Un témoignage historique de ce réflexe est fourni par le film de Jacques Feyder, *Le grand jeu* (1934) : le conducteur/propriétaire d'un luxueux bolide, à qui l'on fait observer qu'à la suite d'un excès de vitesse, son numéro d'immatriculation vient d'être relevé, répond en se moquant : "Qu'ils le gardent ! il est bon pour la loterie".

sur la carrosserie des grosses cylindrées : il suffit d'être passé dans les parkings préfectoraux, où le personnel des services administratifs gare ses voitures particulières, pour constater que la simple facilité d'accès aux procédures d'émission vaut tous les "privilèges" imaginables.

C'est là qu'une proportion particulièrement élevée de numéros significatifs fait mesurer à quel point l'automobiliste se plaît à ordonner sa plaque, dès qu'il en a le choix, selon des principes d'harmonie et de logique propres à assurer le succès d'un nombre restreint de formules. Compte non tenu de remotivations subjectives impossibles à déceler (234), on remarque la fréquence des combinaisons qui traduisent une fascination spéculaire : non seulement il est rare de trouver quatre chiffres différents dans la composition du numéro de gauche (235), mais encore on constate fort souvent des échos entre ce numéro et son pendant de droite. L'esthétique est inséparable ici des avantages mnémotechniques, et le même phénomène est observable à propos des numéros de téléphone (236). Bref, le fait de pouvoir faire figurer sur sa plaque quelques éléments d'arithmosophie personnelle constitue une espèce d'"avantage en nature" attaché à certains emplois. Cependant, l'insistance avec laquelle les préférences numériques serrent les deux principaux "interdits" en matière d'immatriculation (237) montre bien les prétentions du signet esthétique à rejoindre -ou à laisser penser qu'il rejoint- le signet politique.

Les dénonciations virulentes dont firent l'objet les "petits numéros" (238) n'ont pas, c'est un fait, disparu avec eux : au prix de certains décalages, les pratiques perdurent (239), et leur vulgate aussi. Les formules minéralogiques censément dotées de pouvoirs anti-contraventionnels utilisent des effets numériques frustes et voyants : les combinaisons sont encore plus

(234) Ce genre de personnalisation est voué à l'incognito dans le système français. Mais les témoignages permettent d'affirmer que certains automobilistes ont obtenu des chiffres correspondant au mois et à l'année de leur naissance, voire au numéro de leur département d'origine.

(235) Ou alors, le numéro est une série continue croissante (1234, par exemple - la série décroissante est moins prisée). On signalera le goût prononcé pour les répétitions du même chiffre, pour les numéros palindromes (du type 2112), et pour ceux qui redoublent le numéro même du département (comme 2828 en Eure-et-Loir).

(236) La commodité est évidente, qu'il s'agisse de remplir des formulaires, d'inscrire son numéro d'immatriculation au dos du chèque qu'on remplit à la station-service, ou de repérer sa voiture sur les parkings. Pour avoir une valeur utilitaire somme toute assez limitée, ce genre de "privilège" n'en est pas moins des plus appréciés. Par exemple, les Télécommunications accordent, à des services publics le plus souvent, à certaines entreprises parfois, des numéros d'appel de mémorisation aisée. Ceux-ci ont pu aller, dans des circonstances très favorables, jusqu'à désigner l'abonné et suggérer le motif du contact : en 1981, on joignait la permanence électorale du Président sortant au V.G.E. 81-88.

(237) Voir note 183. L'interdit des "petits numéros" est contourné par la répétition d'un ou de deux "petits chiffres" (1111 ou 1010, par exemple), tandis que l'interdit du numéro départemental l'est par le redoublement (2828 RN 28 est le type même de ce pied-de-nez aux règlements).

(238) Voir, ci-dessus, note 230.

(239) Premier décalage : l'effet "tête de liste" recherché, à l'époque des numéros à trois chiffres, avec les "petits numéros" (de 1 à 9), trouve son équivalent, maintenant que les numéros comportent quatre chiffres, avec la dizaine suivante (de 11 à 19). Deuxième décalage : l'apparition des "milliers" (numéros terminés par trois zéros) permet à la fois de ressusciter le petit numéro, et de le mettre en valeur par l'effet "chiffre-rond" (1000, c'est, finalement, encore plus spectaculaire que 1). On voit que ces numéros préférentiels pourraient être aussi bien appelés "néo-petits numéros".

limitées que dans le cas précédent (240). Elles seraient accaparées par les notables du département -élus, mécènes locaux, personnages célèbres- car elles permettraient de nouer un dialogue aussi efficace que discret avec les fonctionnaires de police ou de gendarmerie. Moins explicites et, par là, plus largement utilisables que les cocardes ou autres insignes officiels, ces numéros préférentiels établissent l'existence d'une solidarité entre les instances administratives et politiques qui vaut comme un avertissement de ne pas se donner la peine de sévir. L'impopularité qu'ils suscitent s'explique par le fait qu'ils apparaissent comme la matérialisation provocante d'un certain nombre d'"interventions" qui faussent, au profit d'une minorité, le circuit normal des pénalités : accablé d'amendes, l'automobiliste ordinaire voit d'un très mauvais œil cette manière d'être dispensé des dépenses. Pire, la vertu "préventive" de ce type de plaques stimule particulièrement son exaspération : aussi l'argument du fonctionnaire, gêné d'avouer qu'il est difficile de refuser cette faveur à tel ou tel personnage, et pour qui cela n'a guère d'importance, puisque le personnage en question aurait le pouvoir de faire supprimer les contraventions qu'on lui infligerait, est-il loin de pouvoir satisfaire. Car même dans la perspective d'un passe-droit, une chose est d'obtenir après requête, et une autre de n'avoir pas seulement à requérir : le quidam est choqué par cette espèce d'assurance-infraction, qui couvrirait d'avance les abus. D'autant que les risques encourus -à ne considérer que le stationnement non-réglementaire- ne se limitent pas aux sanctions financières : dans l'escalade punitive, l'effet le plus dissuasif s'est déplacé et concerne désormais la menace de mise en fourrière. Or comptera-t-on pour rien l'avantage que présente un signe susceptible d'éviter et la gêne occasionnée par la privation momentanée de véhicule, et le temps perdu en démarches destinées à le récupérer ? Le ressentiment, on le voit, ne serait pas à court de raisonnements. En réalité, ce qui est ici mis en cause n'est même pas l'existence de catégories "prioritaires" de conducteurs, ou le fait qu'en certains cas l'intérêt de la communauté serve à justifier des exceptions à la règle commune ; ce qui n'est pas accepté, c'est la clandestinité du marqueur, et les potentialités d'imposture que recèle une incontrôlable attribution. Parce qu'il emporte des bénéfices d'exemption appréciables, le signet politique risque de compromettre -pour peu que les imaginations s'en exagèrent l'importance- la crédibilité même des signes juridiques institués réglementairement.

Ainsi expliquera-t-on que les services administratifs aient pris des mesures radicales pour décourager les abus réels et surtout leur cortège de fantasmes. Si la suppression de certains numéros s'est avérée illusoire remède, en revanche, l'introduction de pratiques nouvelles, propres à multiplier les effets de brouillage, semble en mesure de parvenir plus sûrement aux résultats escomptés. Mais peut-être faut-il préalablement prendre en compte quelques paramètres géographiques et historiques dont la rumeur fait d'habitude l'économie. Si mince que soit en effet le phénomène, il est assez représentatif des irrégularités de texture qui caractérisent le paysage mental en divers points du territoire national : la même enquête, menée dans des départements choisis pour leurs dissemblances, a permis d'établir des écarts consi-

---

(240) Si l'on ajoute les deux effets décrits ci-dessus (note 239), on fait le tour des possibilités pour chaque série de lettres disponibles : deux fois neuf, soit dix-huit numéros au plus apparaîtront chargés de ces connotations "politiques".

dérables en ce qui concerne la perception des fameux numéros préférentiels. La coutume des réservations honorifiques est considérée comme vivace dans la petite ville de province, surtout lorsqu'elle est le chef-lieu d'un département rural.

On y a le temps et le goût de la parade électorale, et, en arborant un numéro préférentiel, l'homme politique semble chercher surtout l'affermissement symbolique de son mandat -renouvelable, mais temporaire-, une espèce de caution administrative, bref, l'équivalent d'un insigne de fonction inexistant. La formule minéralogique remplit cet office d'alignement sur la thaumaturgie d'État, elle est la rosette de la voiture. D'autre part, la complaisance est relativement aisée à obtenir dans un cercle de relations limité, où une faible concentration de notables, et l'existence de fonctionnaires point trop nombreux -à la Préfecture ou sur le terrain- garantissent la familiarité et, si l'on ose le rapprochement, le privilège bonhomme. Il en va tout autrement dans une grande ville, dans un département très fortement urbanisé. Au-delà d'un certain seuil de compétition pour l'occupation de la voie publique et donc pour les signes censés la favoriser, s'amorce une inversion de tendance. Les bonnes volontés dont il faudrait s'assurer sont multiples, d'accès plus difficile, sujettes à plus de mobilité ; trop de demandes, trop de soupçons, trop d'aléas, finissent par semer le trouble et découragent, dans une certaine mesure, la convoitise minéralogique (241). Dans un milieu où les rythmes et les tensions se durcissent, les notables politiques recherchent plutôt la discrétion. Plus on se rapproche du pouvoir central, et plus le numéro préférentiel semble tenu pour un marqueur de "provincialisme", jusqu'à faire l'objet d'un snobisme à l'envers (242). Les calculs dont il serait l'expression perdraient tout sens à cette échelle, où une escorte de motards renvoie au dérisoire les espoirs qu'on mettrait dans une plaque-sentinelle. Mais en outre, l'association du numéro préférentiel à un passe-droit en fait une stratégie symbolique risquée lorsqu'il s'agit de s'assurer les suffrages d'un électorat majoritairement automobiliste : trop voyant, inutile ou maladroit, le signet politique paraît voué à une marginalisation progressive (243) dans une France dont les campagnes se dépeuplent et où les populations urbaines détestent l'affectation incivile.

Ce n'est pas un hasard si -comme pour exorciser cette réputation fâcheuse- les responsables des services préfectoraux mentionnent volontiers la

---

(241) L'existence de plusieurs sous-préfectures délivrant aussi des cartes grises fournit aux responsables sollicités une excellente excuse pour écarter des demandes qui les choquent. Le fait que le numéro suive la voiture et non le conducteur provoque, par le biais du marché de l'occasion, bien des brouillages et des raisons de confusion. Enfin, la connaissance de ces "heureux hasards" possibles peut amener les professionnels du contrôle à redoubler de vigilance, par crainte de voir l'automobiliste s'imaginer, justement, que ce phylactère l'autoriserait à faire n'importe quoi.

(242) Ainsi, alors qu'une série minéralogique était réservée aux véhicules officiels du Président de la République -de 1 à 5 PR 75-, Valéry Giscard d'Estaing a-t-il mis sa coquetterie à y renoncer. Il est vrai que la coïncidence était politiquement fâcheuse entre les lettres symboliques attribuées au Chef de l'État et le sigle du Parti Républicain.

(243) La sensibilisation générale aux catastrophes routières et à la nocivité des attitudes qui conforteraient la moindre légèreté en matière de conduite automobile semble avoir pesé jusque sur ce symbole de faveur, à l'heure où les députés doivent se défendre de collusion avec les chauffards (*France-Inter*, le 5 janvier 1989, rendait compte d'un article paru dans l'hebdomadaire *La Vie*, où 115 parlementaires s'engageaient à ne plus faire "sauter" de contraventions).

pratique de réservations "gracieuses" en faveur des propriétaires de véhicules de collection, qui souhaitent voir leur plaque refléter soit le millésime du modèle, soit son numéro de désignation, soit son chiffre de cylindrée. Ces exceptions prennent en compte l'apparition d'une catégorie d'automobiles désormais pourvue d'un statut réglementaire (244), et n'hésitent pas à faire fond sur des réactions d'approbation générale. On trouvera légitime d'"aider" l'automobiliste qui a donné des gages de civisme en contribuant à sauvegarder une part du patrimoine technologique et artistique. Avec cette espèce de plaque personnalisée qui entre dans les mœurs des Préfectures, on assiste à l'officialisation progressive du signet esthétique et il est clair que le folklore "innocent" dont il est porteur sert d'utile contre-feu aux connotations déplaisantes du signet politique. On encourage le premier pour mieux répudier le second. Si faveur il y a, elle est fondée en "mérite" et se borne à parachever une réalisation esthétique. Ainsi la pratique administrative, par le biais de judicieuses "tolérances", se montre-t-elle capable d'assimiler, quand sa popularité est en jeu, certains courants de juridisme subjectif : le consensus sur le signet esthétique permet de contrer les dissensions engendrées par l'utilisation politique d'immatriculations personnalisées. Non moins notable est l'influence que les lectures d'extrapolation exercent désormais sur les autorités chargées d'émettre les séries minéralogiques. Les associations d'idées favorisées par les lettres, et auxquelles les particuliers sont d'autant plus attentifs qu'elles sont en général leur seule "prise" de déchiffrement (245), semblent reconnues administrativement. Les surcharges indicielles -positives ou négatives- qui résultent de la rencontre entre la langue naturelle et le codage minéralogique se sont imposées dans l'imaginaire collectif au point d'engager à éviter les handicaps d'immatriculation (246) ou, au contraire, à cultiver les

---

(244) L'arrêté du 5 novembre 1984 (article 23) créait un certificat d'immatriculation particulier pour les "véhicules de collection" (véhicules de plus de vingt-cinq ans d'âge et dépourvus de tout titre de circulation) : cette carte grise portant mention "véhicule de collection" n'ouvrait aux propriétaires de ces véhicules que le droit de circuler dans une zone restreinte (département d'immatriculation et départements limitrophes) et uniquement pour se rendre à des rallyes ou à des manifestations comparables. Attaqué par la voie du recours pour excès de pouvoir devant le Conseil d'État (5e et 10e sections), l'article 23 fut annulé (décision du 3 novembre 1989) parce que le ministre n'avait pas le pouvoir de fixer des règles concernant les conditions de circulation de ce type de véhicules. À ce propos, l'arrêt du Conseil d'État rappelait fermement que "le certificat d'immatriculation n'est pas un titre de circulation, mais un titre d'identification des véhicules". Les mêmes dispositions, reprises par décret (D. n° 91-207 du 25 février 1991, J.O. du 27 février, p. 2854), font désormais partie du Code de la Route (R. 53-2 et R. 111, modification, et R. 106-1, nouveau). L'attribution bienveillante d'une plaque partiellement personnalisée pourrait être considérée comme la concrétisation de ce statut particulier et comme la réponse de l'Administration française à une catégorisation qui a justifié, dans certains pays étrangers, la création de plaques spéciales pour les véhicules anciens (Canada, Espagne).

(245) Les histoires drôles exploitent depuis longtemps ce type de lecture. Voir, par exemple, *En voiture pour le rire*, de M. et A. Guillois, Librairie générale française, 1976, 189 p. ; p. 109 : "Alphonse Boudard, l'ex-cambrioleur devenu écrivain, a rugi d'indignation quand il a vu la plaque d'immatriculation de sa première voiture, acquise avec les droits de *La métamorphose des cloportes* : elle se terminait par PJ 75."

(246) Les voitures des Domaines n'ont jamais connu, par exemple, la série DD, qui prêtait à sourire, à cause du diminutif populaire d'"André". Dans le département du Haut-Rhin, le Préfet a décidé d'"oublier" les séries SA et SS. Le 23 août 1989, *France-Inter* diffusait l'information selon laquelle la Préfecture des Bouches-du-Rhône renonçait, à la suite de nombreuses protestations, à infliger la série PD. L'introduction des "trois lettres" a multiplié les risques de monosyllabes malencontreux, d'où la suppression du U entre C et L, qui sera réitérée entre

marqueurs de "chic" (247). Rien ne montre mieux à quel point la plaque est, invinciblement, d'"identité". Et le fait que les services préfectoraux donnent à ces lectures officieuses valeur de critère d'exclusion ou de prédilection tout à fait officielle, oblige à admettre la percée du signet minéralogique dans la sphère réglementaire -ce à quoi n'était pas parvenu le signet optico-acoustique. Une étape de plus, et l'on pourrait imaginer l'utilisation d'un signet technique conçu par l'Administration- comme il vient d'être fait à Milan (248). La volonté de savoir alimente la volonté de faire savoir, et, pour finir, conduit à créditer d'intentionnalité des ordonnancements stochastiques, cependant qu'en retour, la volonté de signaler ne parvient plus à s'abstraire des aventures du signal.

## Conclusion

En concluant son étude sur les mascottes automobiles que furent, pendant longtemps, les bouchons de radiateurs ouvragés, Olivier Hurstel déplorait que "les chiffres-rois [eussent] tué l'imaginaire automobile" (249). Si l'on s'attache aux rêveries qu'ont enfantées les plaques minéralogiques, on sera tenté de penser, bien au contraire, que leurs chiffres et lettres se sont plus abstraitement, mais plus largement prêtés à la même fonction héraldique. Au confluent de l'identification technique et de l'identité personnelle, la plaque concrétise, mieux encore qu'un bibelot en figure de proue, l'empreinte du vivant aux commandes de sa machine : c'est qu'elle est écriture, et que sur elle on déchiffre la suprématie de l'humain. L'immatriculation empêche le véhicule d'apparaître comme une force brute, un projectile incontrôlable : ce petit encart, redoublé, ouvre un espace de discours -et en voilà assez, on l'a vu, pour faire abondamment jaser. Mais cette vertu babillarde est signe de vitalité : les automobilistes assoiffés de plaques personnalisées poussent jusqu'au bout la logique de ce que les juristes appellent un "meuble corporel".

---

P et T. Les Hauts-de-Seine n'ont pas distribué la série Q. Autant de décisions qui montrent que la plaque est sentie comme un doublet patronymique.

(247) Ainsi, les trois lettres -qui ne sont pas encore assez répandues pour ne pas connoter l'élégance parisienne- sont-elles introduites dans certains départements un peu plus tôt, paraît-il, que le besoin ne s'en ferait sentir.

(248) Voir le magazine *L'Automobile* (février 1991, p. 9) : à Milan, des restrictions de circulation ont été décidées, pour lutter contre l'excès de pollution atmosphérique ; les voitures particulières n'ont le droit de circuler qu'un jour sur deux pendant les week-ends. Pour assurer le roulement, les autorités ont choisi d'utiliser la terminaison des plaques d'immatriculation comme signal d'autorisation. La formule minéralogique actuellement attribuée aux automobilistes milanais étant composée d'un chiffre + une lettre + 4 chiffres, donc offrant une terminaison en chiffre pair ou impair, il est effectivement commode d'obtenir la coïncidence entre chiffre du jour et chiffre final des plaques. La police peut immédiatement repérer l'infraction, un dimanche "pair", d'un automobiliste dont la plaque se termine en ...impair. En France, le processus avait été amorcé, de façon moins voyante, avec l'arrêté du 18 avril 1974, relatif aux visites techniques applicables à certaines catégories de véhicules : l'article 5 prévoyait en effet l'obligation d'une première visite avant le 1er juillet 1974 pour les véhicules dont le premier élément d'immatriculation était un nombre pair, et avant le 1er janvier 1975 pour ceux qui s'étaient vu attribuer un numéro impair.

(249) Olivier Hurstel, *L'animal dans la symbolique automobile*, thèse pour le Doctorat vétérinaire, Alfort, 1978, 83 p. ; p. 77. L'ornementation des bouchons de radiateurs fut condamnée par l'arrêté du 19 décembre 1958 relatif à l'aménagement des véhicules automobiles, qui proscrivait sur la carrosserie toutes parties pointues ou tranchantes susceptibles d'aggraver le risque d'accident corporel en cas de collision. L'article R. 104 du Code de la Route énonce le principe général.

Aussi, en poète attentif à transposer aux temps modernes la mécanique du Destin, Cocteau (250) met-il en scène -par deux fois- un détail propre à terrifier : la Rolls qui appartient à la Mort porte une plaque toute noire, et les motos qui tuent Ségeste sont dépourvues de numéros. En revanche, la voiture émet sans relâche, à l'adresse d'Orphée, ses messages d'appeau infernal. On ne saurait plus symboliquement montrer que les plaques sont témoignage, même dans le danger et la précarité, du dialogue entre vifs.

### CONCLUSION GÉNÉRALE

Point n'est besoin d'intersection pour que les sens se croisent. Dos à dos, face à face, l'un derrière l'autre, faisceaux lumineux et sériations alphanumériques dépassent règlements ou listings originels, provoquent à des emplois nouveaux, suscitent des lectures inédites, éveillent des gloses renouvelées. Par eux, le Droit se promène, part en excursion avec les usagers - c'est-à-dire avec tout le monde et partout. Alors, la question peut être posée de savoir si la fonction signet est pédagogique, si elle profite au Droit, et dans quelle mesure. Il y a peu à parier sur sa capacité à acheminer vers la science, ou, à tout le moins, le savoir juridique, des cohortes de non-initiés. Mais on courrait de grands risques d'erreur en excipant de son caractère flottant pour dénier au signet toute valeur pro-juridique. Il faut admettre que le Droit bénéficie d'attitudes non juridiques qui, dans la mesure où elles sont sémiologiquement arrimées en lui, permettent, fût-ce par leurs inconséquences, leurs lacunes, leurs défauts, de circonscrire, de localiser, de propager la juridicité dans l'expérience ordinaire. De la main qui serre le porte-monnaie, dit-on qu'elle tient l'argent ou le cuir seulement ? On n'ouvre qu'à la demande et, en attendant l'incursion, le contenu patiente dans une résignation détournée, par le dehors, par la peau en quelque sorte. De même avec le Droit qui, pour exister en tant que corpus connaissable, a moins besoin d'être connu vraiment que rencontré matériellement en maintes occasions. Il importe donc moins ici, au total, de savoir ce que dit le Droit, que de savoir qu'il est là, disposé, disposant, disponible. Le jeu du signet n'amointrit pas le signe juridique : il l'emporte au-delà de ce qui était prévisible, et cette distension n'est que la contrepartie d'une dissémination précieuse, tant pour le Droit que pour la société qu'il organise et qui l'organise. On pourrait même, à cet égard, avancer l'hypothèse de l'existence obligée, pour tout produit de première nécessité - nourriture ou norme - d'un associationnisme dérivatif, qui lui annexe de libres combinaisons sémaphoriques et le fait sortir de sa réserve, en l'emportant là où l'on a le plus besoin de lui. La seule certitude de la présence d'un Droit induit d'elle-même l'élimination automatique de nombreux comportements possibles. De lui-même, le Droit fait naître la précaution, l'imitation des attitudes jugées a priori précautionneuses, et la méditation préalable à toute initiative. Conduire et se conduire, c'est souvent tout un. L'État de Droit est un pays de routes ouvertes et de voies libres.

---

(250) Dans le film *Orphée* (1950).

**RECOURSE TO THE OBJECTIVES OF  
THE LAW AND THE ROLE OF  
EQUITY IN THE NEW  
INTERNATIONAL LAW OF  
MARITIME BOUNDARIES  
(ABSTRACT OF PAPER IN THE  
FORM OF AN ESSAY) (\* )**

By

**P. John KOZYRIS**  
*Professor of Law, The Ohio State University*

1. The recourse to the "objectives" of the law to aid its application must overcome two major problems. First, the objectives of the law must be ascertainable. In the absence of express articulation in the text of the law itself or in its preamble, the quest for the objectives is forced to resort to legislative history and to inductive synthesis from particular provisions and the results are often not sufficiently persuasive. Second, even where a particular objective is adequately identified, the question of the method and legitimacy of its use must be addressed especially in situations where the text of the law contains specific provisions which are either inconsistent or incompatible with it.

2. A substantial connection or overlap exists between recourse to the objectives of the law or teleology and the role of "equity" within the law. Indeed, in its substantive form, equity first provides us with certain principles of justice which are supposed to qualify the exercise of rights in entire fields of law (good faith, honesty, equality, clean hands, diligence, reciprocity, prevention of abuse, reduction of oppression, etc.). These principles are closely connected to the assumed just purposes of the law and can be used not only to clarify or supplement the text but also to adjust or even limit it. For

---

(\*) Second Congress of the International Association of Legal Methodology - Sept. 10-12-1990.

example, the principle prohibiting an "abuse of right" employs the "economic and social purpose" of a right as a trump against a particular use of the right. Second, in its more limited Aristotelian corrective function, equity pursues individualized justice by shielding specific results against the excesses arising either from the overinclusiveness of abstract rules or from the underinclusiveness or distortion generated by narrow provisions. In both instances, however, the justice or equity of a particular result or outcome must be authenticated by reference to some determinable objectives of the law rather than through an intuitive and unmediated perception of right and wrong.

No Teleology may also fulfill a narrower and different function than equitable adjustment. The search for the objectives of the law may be pursued only in aid of interpretation, focusing solely on the actual intent of the legislator as evidenced in historical data and as derived from the logic of the particular provisions as a whole.

3. The "strict" nature of international law, responding to the need for greater clarity and certainty where national sovereignty is being limited, as evidenced by the emphasis on textual interpretation of conventional obligations through the maxim of "pacta sunt servanda" and by the severe requirements of the "opinio juris sive necessitatis" for general customary law, restricts the potential utilization of teleology as well as of equity to fill gaps or, even worse, to qualify existing provisions.

4. It is, therefore, quite surprising that the law of maritime boundaries of the last quarter century makes extensive references to "equitable" principles and "equitable" or "reasonable" results or solutions. This general subject has assumed great importance in the post-war period, where the gradual seaward extension of the territorial sea has been followed by the recognition of a host of new types of claims over maritime zones, such as the continental shelf and the exclusive economic zone, appropriating major portions of the open sea. As was to be expected, a plethora of overlapping and conflicting claims have been made by littoral states over the maritime areas adjacent to their coasts, especially the continental shelf. Some of the resulting disputes have been settled by negotiation and agreement while others have been adjudicated by international tribunals but a large number remain unresolved, disturbing the amicable relations among states and posing a threat of war.

5. The recourse to equity has been made mostly in the cases and in the conventional law of the sea regarding the delimitation of the continental shelf. The North Sea Continental Shelf Case, decided by the International Court of Justice in 1969, which had a significant impact on the subsequent delimitations cases, ushered a new role for "equity" in the settlement of the boundaries of the continental shelf under customary international law in terms both of principles and of results. The Geneva Convention of the Continental Shelf of 1958, which adopts a "special circumstances" exception to the equidistance method of delimitation, has been often interpreted to incorporate equitable considerations of the individualizing kind in deciding what circumstances qualify as "special". Similarly, the new Law of the Sea Treaty, largely codifying existing law, signed in Montego Bay in 1982 and

being ratified or complied with by nations of the world at an accelerating pace, calls for "equitable" solutions in the delimitations both of the continental shelf and the exclusive economic zone.

More particularly, Article 83.1 reads as follows :

*"The delimitation of the continental shelf between States with opposite or adjacent coasts shall be effected by agreement on the basis of international law, as referred to in Article 38 of the Statute of the International Court of Justice, in order to achieve an equitable solution".*

Identical language appears also in Article 74-1, dealing with the exclusive economic zone. Some commentators read the reference to "international law" in Articles 83-1 and 74-1 to encompass the "equitable" principles extolled in a good number of the delimitation cases so that both principles and solutions come into play.

6. While this preoccupation with equity may be commendable as an abstract proposition, it is fraught with problems in its implementation. First, neither general international law nor the objectives of the pertinent law of the sea provide any concrete criteria which can lead either to the identification of pertinent principles or to the choice among results. Second, the subject matter of fixing boundaries of a territorial nature over the sea bed and the water column does not appear to be particularly suitable for subjective or open-ended determinations without reference to rules.

7. Focusing on the continental shelf, it is clear in the cases and in the conventional provisions that this new right to maritime spaces has been narrowly construed to involve an extension of limited territorial sovereignty, recognized ipso facto and ab initio exclusively on the basis of coastal frontage. External considerations which might provide an opening for "equitable" balancing such as the size of the adjacent land mass or of the proximate population and economic need have been decisively rejected as irrelevant or inapposite. Thus, the delimitation task is not to determine "just" or "equitable" shares under some principles of distributive justice by refashioning geography or by compensating for natural inequality. The only question is how to draw a boundary on the sea bed under positive international law between conflicting territorial, property-type claims of nations endowed with equal sovereignty and equal entitlements.

8. Furthermore, the novelty and the automaticity of the continental shelf right and the consequent absence of prior dealings between the contending parties virtually eliminates the relevance of the bundle of equitable principles which prevent a party from taking advantage of its misdeeds (misrepresentation inducing reliance : estoppel ; inequitable past conduct : clean hands doctrine ; or undue delay or lack of diligence : laches) or which recognize variances in the exercise of rights on the basis of historical conduct. Thus, this extraordinary source of external limitations is also closed.

9. Over the years, certain geographical, geological and geomorphological considerations internal to the continental shelf itself, have been suggested as potentially relevant in helping determine its extent. The role of these considerations, however, is perceived not as limiting an already existing and settled legal right but as contributing to its definition. Thus, their function is not to safeguard the equity of results but to achieve original justice. Likewise, any balancing among these factors that might be required would adjust weights rather than reform strict rules or mitigate results through equitable correction.

10. This is true of those considerations internal to the shelf, now largely abandoned in the cases in favor of coastal length and distance, such as the physical incline of the natural prolongation of the coastal front, the geological structure of the sea bed, the movement of tectonic plates, the direction of the land frontiers and the morphological features of the shelf (troughs, channels, resources). For example, if the slant of the sea bed and the related depth of the water column were to be taken into account as decisive or contributing factors for purposes of drawing the boundaries, the entitlement could be articulated in defining the right rather than in qualifying it.

The same is true of those coastal considerations which still play a role in the delimitation process. Indeed, at the heart of the controversy over overlapping continental shelf claims is the tension between, on the one hand, the simple and strict notion of mathematical equidistance from the coast, sanctioning a median line, and on the other hand, certain features of the coastal front which can either replace or trump equidistance or modify it. The features fall mainly into three categories :

- a) general direction of the relevant coast, used against simple equidistance from the actual physical coast line (including straight baselines) ;
- b) nature of the relevant coast, used to distinguish between mainland and island coasts, recognizing to the latter, especially where the islands lie on the "wrong side" of the median line, lesser continental shelf rights ; and
- c) length of the relevant coast, used against a mechanical median line in favor of a "reasonable proportionality" between such length and total shelf allocation.

11. A careful analysis of these three categories reveals a single fundamental underlying purpose, which is to define the continental shelf right, a territorial property-like right, not only on the basis of distance from the coast but also by reference to the length of the total abutting coastal fronts of the parties through a "reasonable proportionality" adjustment. This means that the third category essentially encompasses the other two. Indeed, the general direction of the coast has been used principally to reduce the "distortion" produced to the size of shelf by coastal indentations and especially by the convex or concave actual coast line, superimposing the coastal "front" over the coast "line" ; and even the reduction of the continental shelf entitlement of islands through a "one-half effect" or enclaving, can be best understood as corrective of a gross disproportion between the short length of the coastal front of an island and the enormous size of the slice of its shelf produced, as against the

mainland, by simple equidistance operating in the vast expanses of the open sea.

12. The opinions of the International Court of Justice, and its panels, and of arbitral tribunals in the maritime delimitation cases (North Sea Continental Shelf, Anglo-French Channel Arbitration, Tunisia-Libya, Libya-Malta, U.S.-Canada Gulf of Maine, Guinea-Guinea-Bissau) and the practice of states evidenced by bilateral treaties increasingly recognize the centrality of the length of the abutting coastal front and reject the relevance of the features of the sea bed itself in determining the extent of the continental shelf right. Where such front is relatively simple and straight, e.g., two mainlands face each other across parallel lines, pure equidistance emerges as the indicated method of delimitation. Its main and crucial virtues include concentration on the key factor of distance from the coastal front, reasonable proportionality between length of front and shelf shares, equality in the treatment of claims, and simplicity in calculation. In this context, it is clear that no "equitable" correction of any kind is needed.

13. Even in other situations, however, where the length of the coastal front calls for an adjustment to eliminate the distorting effect of simple equidistance, the method to be used cannot be characterized as genuinely "equitable". The goal or objective of such adjustment is "reasonable proportionality" between coastal front and size of continental shelf. To be sure, the notion of proportionality, as well as the value of equality from which it derives, can be labelled as "equitable" and there is no question that the role of the judge in determining proportionate shares is not as easy and as automatic as drawing a median line on the basis of equidistance.

Since, however, the only source of entitlement is coastal front, the only balancing required for proportionality is allowing the length of such front to diminish the equality of the distance from the front. Perhaps the most "reasonable" proportionality is the one which gives equal weight to each of the relevant factors of "length" and "distance". Whatever other choice of weight is made cannot reflect but a pure preference between length and distance without any recognizable equitable foundations. If anything, international law suggests a preference for the distance criterion because it explicitly measures the size of the continental shelf right in terms of a distance of 200 miles from the coast.

14. Thus, the discretionary authority of the judge in this field does not call for recourse either to recognized equitable principles (good faith, honesty, equality, clean hands, diligence, reciprocity, reduction of oppression) or to equitable practices which protect results against the distortion produced by too general or too narrow rules. The doctrine of "abuse of right" is not applicable here for two basic reasons. First, because this doctrine operates only to limit the exercise of hard and fast rights in situations where such exercise contravenes their social or economic purpose or is otherwise inequitable. In delimiting the continental shelf, the issue is not the exercise of existing rights but the determination of their extent in particular contexts in accordance with the applicable definitional criteria. Second, because even though the nature and purpose of the right are relatively clear, i.e. the exten-

tion of limited territorial sovereignty on the basis of coastal frontage, no teleological clue is provided on how to choose between length of coast and distance from the coast.

15. It should be noted that, as concerns the continental shelf and the exclusive economic zone, a difference should be recognized between delimitation issues and issues of exercise of rights within the areas allocated to the states with coastal fronts. For example, it is quite possible for a state to be found to "abuse" its continental shelf right e.g. by exercising it in a manner that interferes with navigation or the fishing rights of other states or damages the environment. Furthermore, international law appears to recognize some limited rights of other states of participation within the exclusive economic zone of a state which rights may be springing from or affected by equitable considerations. However, these instances have nothing to do with the territorial boundaries of the shelf or of the zone in question.

16. In conclusion, the recourse to "equity" for the answers to the problems of delimiting maritime zones, especially the continental shelf and the exclusive economic zone, is due to a historical accident and should be considered misdirected. In the last quarter century, international law has defined the related rights in relatively precise language, basing them on coastal frontage and measuring them in terms of distance from the coast. Thus, the objectives of the substantive law in this area are sufficiently clear : to recognize a limited right of exploitation deriving exclusively from littoral territorial sovereignty. While considerations of distributive justice or equity played a role in determining the original scope of these rights, once the choice has been made, the delimitation process must respect and implement it.

When the claims of only one state are to be determined, the process operates smoothly : the zone of two hundred miles from the coast can be easily drawn on the map. But where the same area is claimed by two or more states which meet both the coastal front and the distance criteria, the distributional problem becomes more complex. One way to cut the Gordian knot is to focus exclusively on the distance criterion and to apply equidistance as the sole method of delimitation. The Geneva Convention on the Continental Shelf of 1958 showed such a preference for equidistance, although it qualified it with a "special circumstances" exception. Another way is to adopt a separate set of criteria for overlapping claims and introduce factors other than distance and other than coast, either internal or even external to the shelf. This, however, would require redefining or at least qualifying the concept of the continental shelf at the legislative stage and nations with conflicting interests, confronted with a great variety of geographical configurations, have been unable to reach a consensus on what is relevant and what is important.

The reference to equity in the international delimitation cases, starting with the North Sea Continental Shelf case, and in the delimitation provision of the Law of the Sea Treaty, was apparently intended to leave the substantive issues open for quasi-legislative determination through case law and state practice. Thus, under the guise of delimitation, the very bases of entitlement were to be reviewed. There is no room here for the interstitial equity which moderates the exercise of existing rights through equitable principles and mitigates the oppression of overinclusive general rules or of unde-

rinclusive narrow rules through equitable solutions. The fact that the International Court of Justice repeatedly asserted that it was only using equity within the law and denied emphatically that it was practicing legislative equity does not make it any less so. Thus, the Court must be charged with methodological untidiness if not confusion and even dissimulation.

On the other hand, in developing this legislative equity, the International Court of Justice should be praised for not straying away from the overall geographical objective of the law of the continental shelf and the EEZ which was to extend littoral territorial sovereign rights on the basis of coastals frontage. In drawing boundaries, the Court has unambiguously rejected all criteria external to the shelf or zone (size of land mass or of population, economic need, etc.) and has totally ignored and left little doubt that apparently all criteria internal to the shelf itself (geographical, geological and geomorphological) are of minimal, if any, significance. With the coastal front and distance from it emerging as the sole relevant factors, the Court has started to recognize that the length of such front is the only legitimate source of limitation on the equidistance method, and this only in extreme situations and on a reasonable proportionality basis.

It is to be hoped that, in the interest of methodological clarity, the Court will eventually emphasize the limited territorial objective of the law of maritime zones, which focuses on coastal front, and admit that equitable considerations have little to do with the resolution of the distance vs. length controversy ; and that, in the interest of justice, the Court will recognize, in the pending case involving St Pierre and Miquelon, two small French islands off the coast of Canada, that the equal treatment between mainlands and islands mandated by international law should be respected and that any excessive claims of islands may be reduced through the "reasonable proportionality" method and without resort to any other "equitable" and potentially arbitrary criteria.



R.R.J. 1992-1  
Pages 265 à 290

- VI -

HISTOIRE DU DROIT  
ET  
HISTOIRE DES IDÉES POLITIQUES



# ADMINISTRATION COMMUNALE ET SCIENCE DU DROIT ADMINISTRATIF EN FRANCE ET EN ALLEMAGNE (1871-1914)

Par

Erk Volkmar HEYEN

*Professeur à l'École Supérieure des Sciences Administratives de Spire*

L'administration communale et son droit sont un lieu de controverses et de luttes idéologiques, comme le prouve, en France, toute la discussion sur le centralisme régnant et la décentralisation inachevée depuis 1789. La période que nous nous proposons d'analyser ici -environ cent ans après la Révolution française, sa préparation et son achèvement- est l'époque de l'essor d'une science du droit administratif en Europe continentale, l'époque des Maurice Hauriou et Otto Mayer, pour ne mentionner qu'un Français et un Allemand. En même temps, c'est une époque de réforme de l'administration locale aussi bien en France qu'en Allemagne. En France, c'est à la loi départementale du 10 août 1871 et à la loi municipale du 5 avril 1884 qu'on pense principalement (1). En Allemagne -ou, plus exactement : dans l'Empire Allemand, État fédéral où la législation en matière de droit administratif relève essentiellement de la compétence des États-membres- on pense surtout à la "*Kreisordnung*" prussienne de 1872, inspirée par Rudolph von Gneist et comparable, quant à son importance nationale, à la fameuse "*Städteordnung*" prussienne de 1808, à laquelle est attaché le nom du baron vom Stein (2).

---

(1) En ce qui concerne le droit communal, cf. L. Béquet (dir.), *Répertoire du Droit administratif*, t. V et VI, Paris, 1887, verbo "commune" ; L. Morgand, *La loi municipale. Commentaire de la loi du 5 avril 1884*, 8ème éd., 2 vol., Paris, 1910.

(2) Sur le droit communal allemand et son histoire, cf. K.v. Stengel/M. Fleischmann (dir.), *Wörterbuch des Deutschen Verwaltungsrechts*, 2ème éd., vol. 2, Tübingen, 1913, verbo "Gemeinde" ; F. Heffter, *Die deutsche Selbstverwaltung im 19. Jahrhundert. Geschichte der Ideen und Institutionen*, 2ème éd., Stuttgart (Koehler), 1961 ; K.G.A. Jeserich et al. (dir.), *Deutsche Verwaltungsgeschichte*, vol. 3, Stuttgart (Deutsche Verlags-Anstalt), 1984, p. 560-644 (chap. IX ; "Staat und kommunale Selbstverwaltung 1867-1918", avec des contributions de G.-Ch. v. Unruh et W. Hofmann, munies de riches indications bibliographiques). - Pour l'intérêt que l'on apporte en Allemagne, du 19e siècle jusqu'à nos jours, à l'administration locale française, cf. par exemple L. Stein, *Die Municipalverfassung Frankreichs*, Leipzig, 1843 (traduit en français par S.E.W. Grand sous

Selon Hauriou (3), la décentralisation de son temps "qui, au point de vue politique, constitue un progrès absolu, en constitue un également au point de vue du droit. D'une part, elle a élargi le domaine du droit, en soumettant à des règles une bonne partie de la puissance publique. D'autre part, elle a provoqué dans le système du droit public un progrès scientifique important... En effet, sous un régime de centralisation, toute l'administration est l'œuvre de l'État, or l'État discute peu sa propre administration et la laisse peu discuter. Au contraire, sous un régime de décentralisation, une bonne partie de l'administration passe aux autorités décentralisées. Immédiatement l'État laisse discuter la valeur des actes de ces autorités ; bien mieux, il est obligé de la discuter lui-même pour exercer la tutelle".

Il paraît intéressant d'analyser de plus près la manière dont la science du droit administratif français d'après 1871 traite de l'administration communale. Pour bien mettre en relief ses particularités, nous allons comparer cette manière à celle utilisée en Allemagne. Puisque les commentaires des lois et les dictionnaires administratifs suivent trop docilement les textes législatifs, il convient de se tenir aux sources, jusqu'ici négligées, qui laissent plus de possibilités à la libre discussion scientifique : les revues. Dès le milieu du 19<sup>e</sup> siècle, celles-ci deviennent des lieux importants de conservation et de diffusion des savoirs pratiques et théoriques. Elles ne se bornent pas à réunir un savoir déjà existant, mais elles essaient également d'ouvrir des perspectives, de formuler et résoudre les problèmes de l'action administrative à traiter scientifiquement.

En ce qui concerne la France, nous choisissons les deux revues les plus renommées en droit administratif de l'époque : la *Revue générale d'administration* (fondée en 1878) et la *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger* (fondée en 1894). Pour l'Allemagne, nous analysons l'*Archiv für öffentliches Recht* (fondé en 1885), les *Annalen des Deutschen Reichs für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft* (fondées en 1868) et le *Verwaltungsarchiv* (fondé en 1893). Ce sont des revues de diffusion et d'importance nationales. À côté d'elles existent encore des revues spécialisées dans le droit administratif des divers États-membres de l'Empire. Nous en avons choisi, *pars pro toto*, une revue administrative du Royaume de la Saxe, d'ailleurs bien connue dans tout l'Empire : la *Zeitschrift für Praxis und Gesetzgebung der Verwaltung, zunächst für das Königreich Sachsen* (fondée en 1880).

C'est une analyse quantitative de ces revues que nous nous proposons ici. Elle est basée sur quatre coupes temporelles dont chacune embrasse

---

le titre : *De la Constitution de la Commune en France*, Bruxelles 1860, 2<sup>e</sup>me éd. 1864) ; A. Weiss/G. Blondel, "Die Gemeindeverfassung in Frankreich nach dem Gesetze vom 5. April 1884", in *Archiv für öffentliches Recht*, 2 (1887), p. 569-580 ; H. Rudloff, "Die Entwicklung der Selbstverwaltung Frankreichs im 19. Jahrhundert", in *Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft*, 61 (1905), p. 193-253, 389-426 ; P. Burg, "Kommunalreformen im Kontext historischen Wandels. Die napoleonischen und die modernen Gemeindegemeinschaften im Vergleich", in *Jahrbuch für westdeutsche Landesgeschichte*, 8 (1982), p. 251-283 ; G. Halmes, "Kommunalreformpolitik in Frankreich. Vorgeschichte und Stand der Dezentralisierung im Bereich der lokalen Gebietskörperschaften", in *Archiv für Kommunalwissenschaften*, 24 (1985), p. 38-56 ; R. Sparwasser, *Zentralismus, Dezentralisation, Regionalismus und Föderalismus in Frankreich. Eine institutionen-theorien- und ideengeschichtliche Darstellung*, Berlin (Duncker & Humblot), 1986.

(3) M. Hauriou, *Étude sur la décentralisation*, Paris, 1892, p. 59.

cinq années : 1880-1884, 1890-1894, 1900-1904 et 1910-1914. À cause du manque de revues, les années 70 restent hors de considération (on peut supposer que cela ne changerait pas grand chose). Cette méthode d'échantillonnage chronologique permet une économie de recherche sans risque de perturber les résultats principaux de l'analyse. Elle se borne aux "articles de fond" traitant du droit administratif, au moins partiellement. S'il n'y a pas une telle rubrique, sont pris en considération seulement les textes repérés par un titre et présentés sous la responsabilité personnelle d'un auteur, même si celui-ci reste anonyme ou ne signe que de ses initiales. On se limite ainsi aux seuls articles d'intention scientifique. En plus, restent hors de considération les articles écrits par des étrangers.

En France, selon notre échantillon, 352 articles portent, au moins en partie, sur le droit administratif ; 153 d'entre eux concernent le droit de l'administration communale (43,4 % ; 41,8 % des pages) (4). Dans l'Empire Allemand, on n'en compte que 71 sur 392 articles (18,1 % ; 24,1 % des pages), soit environ la moitié du volume français. Une des raisons de ce grand décalage réside certainement dans la structure constitutionnelle différente que nous avons déjà mentionnée : en Allemagne, le droit communal relève de la compétence législative des États-membres de l'Empire. Or, les revues allemandes analysées ici sont des revues à l'échelle nationale. Sur le droit communal, on écrit plutôt dans les revues régionales. Dans la revue administrative du Royaume de la Saxe, précisément, le rapport des chiffres s'approche de celui trouvé pour la France : on compte 35 articles concernant le droit communal sur 106 articles concernant le droit administratif (33,0 % ; 35,8 % des pages). Néanmoins, il reste un décalage assez important entre la France et l'Allemagne. Le fait, pourrait-on conclure, qu'en France le droit de l'administration communale se mêle si souvent à la discussion des problèmes de droit administratif, est l'effet d'une décentralisation d'un État au fond centraliste.

Nous essayons maintenant de dégager des articles trouvés des structures générales en dessinant un profil institutionnel, un profil thématique et un profil méthodologique. Il s'agit surtout d'une lecture des principaux résultats de trois tableaux avec quelques commentaires supplémentaires.

**1. Profil institutionnel :** Pourquoi importe-t-il de connaître l'origine institutionnelle des auteurs ? Comme nous venons de l'expliquer et de le démontrer ailleurs (5), la science du droit administratif n'a pas le caractère unitaire que l'on invoque trop facilement dans l'historiographie officielle, centrée sur la scène universitaire. Lorsqu'on traite non seulement de la production scientifique des professeurs, mais aussi de celle des administrateurs, juges ou avocats, la science du droit administratif apparaît beaucoup moins monolithique, voire même segmentaire, aussi bien dans ses thèmes que dans ses méthodes. À travers la diversité des appartenances institutionnelles et pro-

(4) On compte les articles et leurs pages sur la base d'un volume (parfois il y en a plusieurs chaque année). Un article s'étendant sur plusieurs volumes compte donc plusieurs fois. En comptant aussi les pages, on dispose d'un moyen de contrôler l'interprétation des rapports quantitatifs.

(5) Cf. "Science et action : sur la culture de l'esprit juridique dans l'espace administratif" ; "Penser le droit communal sous la IIIe République : aspects sociaux" (avec une bibliographie des articles analysés), tous les deux in *La culture des revues juridiques françaises* (dir. par A.-J. Arnaud), Coll. "Per la storia del pensiero giuridico moderno", t. 29, Milan (Giuffrè) 1988, pp. 105-122 et 123-140.

fessionnelles des auteurs, s'expriment non seulement des visions différentes du monde juridique, mais aussi des intérêts différents du public ou de la clientèle auxquels s'adresse d'abord l'auteur. Des enjeux sociaux sont ainsi toujours sous-jacents aux débats scientifiques. Et les revues fonctionnent ici comme des lieux d'interférence systémique. Des sous-systèmes sociaux comme l'administration ou l'université y entrent dans un discours qui, de l'extérieur, paraît unifié par une intention scientifique commune, mais qui, de l'intérieur, signale aussi des prises de positions pour un "bargaining" entre personnes et institutions, et prépare donc en même temps des interactions sociales qui prolongent, pour ainsi dire, les analyses intellectuelles.

Pour établir un profil institutionnel, nous nous bornons ici à distinguer "Université" (les professeurs dans l'enseignement supérieur), "Juridiction" (les juges, y inclus les membres du Conseil d'État et des Conseils de Préfecture) et "Administration" (les fonctionnaires de l'administration active, dans les ministères et départements aussi bien que dans les communes).

En ce qui concerne l'importance de ces trois groupes de professions, l'ordre de priorité est le même en France et en Allemagne (cf. le tableau 1) : l'Administration est toujours en tête, suivie de l'Université (qui préfère les revues nationales et dont les articles sont plus longs) et de la Juridiction (6). Les poids, pourtant, varient. En France, celui de l'Administration est nettement plus grand dans les articles qui concernent l'administration communale qu'au total des articles traitant du droit administratif (15 % de plus), tandis qu'en Allemagne il reste à peu près le même (avec une tendance plutôt inverse). De nouveau, on constate ainsi un effet de la décentralisation centraliste française. C'est en France, au contraire, que l'Université s'intéresse nettement moins à l'administration communale qu'au total (10 % de moins, ce qui signifie la perte de la moitié de l'importance quantitative), tandis qu'en Allemagne -là encore s'avère un contraste- elle s'y intéresse plus (5 % de plus ; 10 % si l'on compte les pages des articles). Pour les professeurs allemands, l'administration communale est un thème d'un intérêt traditionnel, s'attachant à la notion de "*Selbstverwaltung*", avec laquelle on associe volontiers un pouvoir politique, à savoir un contrepois des citoyens-bourgeois vis-à-vis de la puissance étatique centrale.

Un autre trait remarquable (non visible dans le tableau 1) concerne la participation des auteurs venant de l'Administration dans les communes. En France, ce ne sont que 12 articles concernant l'administration communale qui proviennent des communes (7,8 % ; 7,1 % des pages). Dans l'Empire Allemand, on n'en trouve aussi que 12 articles, mais ceux-ci représentent 16,9 % des articles concernant l'administration communale (11,2 % des pages). En Saxe, on compte 4 articles de provenance communale (11,4 %). En somme, l'intérêt juridico-scientifique paraît plus développé, en ce qui concerne leurs propres affaires, auprès des communes allemandes qu'auprès des communes françaises (7).

(6) Ce qui est appelé "reste", inclut -à part les avocats- notamment les auteurs n'indiquant pas leurs professions.

(7) En Prusse, la participation des communes devrait être encore beaucoup plus élevée. Dans un échantillon du *Preußisches Verwaltungs-Blatt* (les années 1900-1904), on compte 41 articles concernant essentiellement (c'est-à-dire selon le premier descripteur thématique) l'administration communale et, parmi eux, 15 provenant des communes (36,5 %).

**2. Profil thématique :** Nous nous bornons ici aux dix matières les plus importantes. Ce sont les mêmes en France et en Allemagne, bien que leurs poids varient (cf. le tableau 2) (8). On peut en conclure à l'impact de problèmes communs d'une société industrialisée en deçà et au-delà du Rhin, ce qui devient manifeste surtout dans le rôle majeur que joue l'Assistance publique. C'est à cause de la révolution industrielle, amenant une forte migration vers les villes et les agglomérations industrielles, que de grands changements de la vie communale avaient lieu. Un large mouvement de politique sociale visant à l'amélioration de la situation du prolétariat s'exprime aussi dans l'expansion des activités économiques des communes, allant nettement au-delà de ses limites traditionnelles (puits, cimetières, monts-de-piété, etc.).

En ce qui concerne les articles traitant du droit administratif en général, les matières avec une part au-dessus de 20 % des articles sont les suivantes : Organisation administrative, Contentieux administratif, Assistance publique, Droit administratif général (c'est-à-dire les notions fondamentales du droit administratif, comme par exemple l'acte administratif ou le service public), Fonction publique, en ce qui concerne la France ; Finances publiques, Organisation administrative, Droit administratif général, Assistance publique, en ce qui concerne l'Empire Allemand (en Saxe : Contentieux administratif, Assistance publique, Procédure administrative). Le poids énorme des questions financières en Allemagne est dû aux structures fédérales de l'Empire, lesquelles engendrent une complication financière. Quant au poids relativement faible du Contentieux administratif par rapport à la France, il faut savoir que la juridiction administrative relève de la compétence des États-membres de l'Empire. On ne saurait être surpris, par conséquent, que dans la revue saxonne le Contentieux administratif joue le rôle majeur auquel on s'attend.

En ce qui concerne les articles traitant du droit communal, on s'aperçoit, aussi bien en France qu'en Allemagne (sauf au niveau régional, comme le montre la Saxe) que le Droit administratif général a perdu de l'importance : il se développe apparemment mieux dans un autre contexte thématique. En plus, les Finances publiques gagnent de l'importance, en France aussi. Ont maintenant un poids au-dessus de la moyenne les rubriques suivantes : Organisation administrative (le droit administratif est en général plus imprégné par les questions organisationnelles en France qu'en Allemagne : 15 % de plus), Finances publiques, Police administrative, Assistance publique (en plus, en France : Voirie et poste ; en Allemagne : Fonction publique). Sont au-dessous, à part le Droit administratif général, en France : Fonction publique, Contentieux administratif ; en Allemagne : Industrie et professions. En Saxe on trouve encore des particularités (cf. le tableau 2) (9).

(8) Chaque article peut être saisi par plusieurs descripteurs. C'est la raison pour laquelle l'addition d'une colonne verticale dans le tableau 2 dépasserait toujours 100 %. Le montant atteint pourrait servir d'indicateur de la richesse thématique des articles.

(9) En ce qui concerne les traits institutionnels du profil thématique, nous renvoyons à l'analyse de la *Revue générale d'administration* dans notre étude : "Penser le droit communal" (n. 5), tableau 3. Dans cette revue, certains thèmes apparaissent plus fréquemment chez les auteurs appartenant à l'Administration (Assistance publique, Finances publiques) et d'autres chez les auteurs extérieurs à celle-ci, comme les professeurs ou les avocats (Droit administratif général ; Contentieux administratif). Dans ces deux couples de matières, on peut ainsi voir les pôles qui structurent deux conceptions différentes de la pensée du droit communal. La différence entre l'Administration active et la Juridiction

**3. Profil méthodologique :** Ce que nous appelons ici méthodes, ce sont trois approches différentes du droit : l'approche dogmatique ne traite que du droit en vigueur ; l'approche historique, du droit qui a été en vigueur mais ne l'est plus ; l'approche politique, du droit qui devrait être en vigueur pour l'avenir, soit en maintenant, soit en changeant le droit positif. Il en résulte quatre possibilités de combinaison (cf. le tableau 3). Puisque l'histoire y sert de moyen d'interprétation et donc de stabilisation du droit positif, les méthodes "purement dogmatique" et "dogmatique + historique" forment un ensemble "conservateur" dans le sens qu'il vise à maintenir et à aménager le droit tel qu'il est. Pour éviter toute connotation politique, on pourrait aussi le qualifier de "descriptif" (ce qui serait parfois plus adéquat). Quant à l'ensemble "progressif", les aspects historiques et dogmatiques font ici partie d'une mise en question du droit en vigueur, notamment d'une réflexion visant à son changement. Pour éviter, là encore, toute connotation politique, on pourrait qualifier cet ensemble d'"évaluatif", ce qui serait parfois plus adéquat. La classification méthodologique se réfère à l'article analysé tout entier, donc pas exclusivement aux passages consacrés à l'administration communale. Par conséquent, les approches combinées ne s'appliquent pas forcément au droit communal lui-même, mais indiquent le contexte méthodologique, ou, si l'on préfère, le milieu intellectuel, dans lequel celui-ci est traité.

Nous nous bornons ici à expliquer les résultats principaux (cf. le tableau 3). Le courant dogmatique apparaît toujours prédominant, suivi des aspects historiques et politiques. Il y a pourtant au sein de cette hiérarchie quelques exceptions (en Saxe, les aspects politiques devançant nettement les aspects historiques) et de fortes modifications de poids, qui méritent d'être relevées.

Le profil méthodologique des articles français concernant le droit communal ne diffère guère du profil général des articles traitant du droit administratif. Cela est vrai surtout quant aux niveaux des parts dogmatiques, historiques et politiques au total. Le droit communal, pourtant, est traité d'une manière moins "progressive" que la moyenne des matières administratives. La différence de 3 % (4 % des pages), à première vue peu impressionnante, paraît plus importante lorsqu'on se rend compte du fait que 40 % des articles traitant du droit administratif concernent aussi le droit communal et entrent donc très largement dans cette moyenne. En Allemagne, les différences sont plus claires. On traite du droit communal d'une manière moins dogmatique, plus politique et beaucoup plus historique qu'en général. On est moins "conservateur" que la moyenne bien que le niveau du "progressif" reste à peu près le même dans l'Empire (en Saxe, celui croît sensiblement : 20 %). On peut donc conclure qu'il y a, en ce qui concerne le traitement scientifique du droit communal, plus de dynamisme évaluatif en Allemagne qu'en France et que dans ce dynamisme, au niveau national, l'histoire joue un rôle non

---

administrative s'avère particulièrement claire : la moitié des matières manifeste un décalage de plus de 10 %. On peut supposer qu'en Allemagne, l'impact des structures institutionnelles sur le discours juridique ressemble à celui de la France.

négligeable (cf. l'augmentation du poids de la combinaison "historique + politique") (10).

En résumant, on peut constater qu'en France et en Allemagne, la science du droit administratif, en traitant de l'administration communale, montre un profil thématique largement semblable. Mais il y a des différences assez remarquables lorsqu'on regarde les profils institutionnel et méthodologique, des différences dues, en fin de compte, à une différence dans la position constitutionnelle et administrative des communes et une différence dans la tradition sociale et intellectuelle des professeurs et des administrateurs.

TABLEAU 1 - Profil institutionnel

ORIGINE	France				Empire Allemand				Royaume de Saxe			
	Total		adm com		Total		adm com		Total		adm com	
	N	%	N	%	N	%	N	%	N	%	N	%
Université	75	21.3	18	11.7	85	21.6	19	26.7	2	1.8	2	5.7
		28.8		15.7		25.8		35.3		4.7		13.2
Juridiction	52	14.7	26	16.9	63	16.0	9	12.6	12	11.3	4	11.4
		14.6		17.6		14.1		7.7		8.1		6.5
Administration	142	40.3	85	55.5	132	33.6	25	35.2	80	75.4	26	74.2
		36.3		52.8		32.4		29.2		77.1		70.6
Reste	83	23.5	24	15.6	112	28.4	18	25.3	12	11.3	3	8.5
		20.0		13.7		27.7		27.6		9.9		9.5
N (articles)	352		153		392		71		106		35	
N (pages)	9853		4121		13975		3371		2911		1043	

(10) En ce qui concerne les traits institutionnels du profil méthodologique, cf. *ibidem*, tableau 6. Dans la *Revue générale d'administration*, les membres de l'Administration active sont nettement moins dogmatiques et "conservateurs" que les autres auteurs. Simultanément ils sont plus politiques et ils se servent beaucoup plus de la méthode "purement historique". La Juridiction administrative paraît imprégnée par la dogmatique. Elle n'est jamais "purement politique" et n'emploie presque pas la méthode "purement historique" (la combinaison "dogmatique + historique", pourtant, tient une très forte position). En Allemagne, on devrait supposer moins de sens historique chez l'Administration et plus chez les professeurs (un héritage de l'École historique); cf. notre étude "Sur la segmentation institutionnelle du discours scientifique en droit administratif vers 1900. L'approche méthodologique en France et en Allemagne", in *Formation et transformation du savoir administratif en France et en Allemagne (18e/19e s.)*, *Jahrbuch für europäische Verwaltungsgeschichte/Annuaire d'histoire administrative européenne*, tome 1, 1989 (Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft), pp. 207-220.

TABLEAU 2 - Profil thématique

MATIÈRE	France				Empire Allemand				Royaume de Saxe			
	Total		adm com		Total		adm com		Total		adm com	
	N	%	N	%	N	%	N	%	N	%	N	%
Organisation administr.	132	37.5	69	45.0	93	23.7	27	28.0	19	17.9	8	22.8
		43.7		51.9		33.5		52.9		25.8		39.9
Fonction publique	71	20.1	24	15.6	72	18.3	24	33.8	9	8.4	6	17.1
		24.0		15.6		27.5		45.8		5.6		7.3
Finances publiques	70	19.8	40	26.1	102	26.0	22	30.9	19	17.9	13	37.1
		20.8		32.6		29.0		35.5		18.7		39.5
Police administr.	44	12.5	26	16.9	58	14.7	14	19.7	17	16.0	7	20.0
		15.8		20.2		21.6		29.1		23.8		43.4
Voirie et Poste	55	15.6	30	19.6	41	10.4	7	9.8	13	12.2	7	20.0
		16.9		23.9		11.1		10.4		20.4		25.3
Industrie et professions	57	16.1	26	16.9	71	18.1	9	12.6	21	19.8	4	11.4
		18.2		23.4		19.8		17.8		20.0		12.6
Assistance publique	81	23.0	42	27.4	80	20.4	21	29.5	28	26.4	9	25.7
		24.6		35.0		22.7		37.8		23.6		23.6
Procédure administr.	33	9.3	17	11.1	59	15.0	11	15.4	23	21.6	4	11.4
		13.9		17.6		21.7		25.5		32.4		26.0
Contentieux administr.	105	29.8	43	28.1	62	15.8	11	15.4	29	27.3	8	22.8
		33.9		28.7		21.5		23.2		35.2		32.5
Droit adm. général	77	21.8	23	15.0	83	21.1	12	16.9	18	16.9	6	17.1
		28.0		16.9		29.3		21.8		27.3		34.8
N (articles)	352		153		392		71		106		35	
N (pages)	9853		4121		13975		3371		2911		1043	

**TABLEAU 3 - Profil méthodologique**

MÉTHODE	France				Empire Allemand				Royaume de Saxe			
	Total		adm com		Total		adm com		Total		adm com	
	N	%	N	%	N	%	N	%	N	%	N	%
1. Purement dogmatique	95	26.9	42	27.4	143	36.4	17	23.9	53	50.0	9	25.7
		22.5		18.2		27.8		16.5		43.3		16.6
2. Purement historique	42	11.9	19	12.4	17	4.3	4	5.6	0		0	
		13.7		15.0		7.4		8.6				
3. Purement politique	22	6.2	11	7.1	31	7.9	7	9.8	10	9.4	6	17.1
		5.5		4.8		4.9		6.7		7.3		13.0
4. Dogmatique + historique	82	23.2	39	25.4	79	20.1	18	25.3	10	9.4	5	14.2
		26.9		30.0		27.7		32.0		12.4		20.8
5. Historique + politique	17	4.8	4	2.6	12	3.0	5	7.0	0		0	
		5.3		3.3		3.2		5.7				
6. Politique + dogmatique	36	10.2	12	7.8	65	16.5	9	12.6	27	25.4	13	37.1
		8.6		7.6		13.2		6.1		25.7		40.6
7. Dogmat. + hist. + polit.	58	16.4	26	16.9	45	11.4	11	15.4	6	5.6	2	5.7
		17.1		20.7		15.5		24.0		11.0		8.8
N (articles)	352		153		392		71		106		35	
N (pages)	9853		4121		13975		3371		2911		1043	
1 + 4 "conservateur"	177	50.2	81	52.2	222	56.6	35	49.2	63	59.4	14	40.0
		49.5		48.3		55.5		48.5		55.8		37.4
3 + 5 + 6 "progressif"	75	21.3	27	17.6	108	27.5	21	29.5	37	34.9	19	54.2
		19.5		15.7		21.4		18.6		33.0		53.6
Dogmatique au total	271	76.9	119	77.1	332	84.6	55	77.4	96	90.5	29	82.8
		75.4		76.7		84.3		78.8		92.6		86.9
Historique au total	199	56.5	88	56.8	153	39.0	38	53.5	16	15.0	7	20.0
		63.2		69.2		53.9		70.4		23.5		29.6
Politique au total	133	37.7	53	35.2	153	39.0	32	45.0	45	42.4	21	60.0
		36.6		36.5		36.9		42.7		44.1		62.5



**LES DROITS DU PEUPLE**  
**DANS LES "FRANCO-GALLIA"**  
**DE F. HOTMAN (1573-1600) (1)**

Par

Antoine LECA

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

Un des cahiers de doléances rédigé en 1789 déplorait que la "Constitution du Royaume" se soit graduellement altérée et notait que ses règles "sont tombées en désuétude du fait que non écrites et non rassemblées en un seul corps... Considérant, finalement, que les abus, les innombrables actes illégaux de puissance souveraine ont écarté de nous les vrais principes de la monarchie et y ont substitué le pouvoir arbitraire... le seul moyen de remédier aux maux actuels est de rétablir la Constitution sur ses principes véritables" (2). Deux cent seize ans auparavant, en 1573, tel était très précisément l'objet de la première édition de la "Franco-Gallia" (3) de François Hotman, qui se présente comme un ouvrage de droit constitutionnel avant la lettre et même le premier du genre (4), avant "La République" de

---

(1) Communication prononcée le 26 novembre 1990 dans le cadre du V<sup>o</sup> cycle de Conférences publiques, organisé par le Centre d'Études et de Recherches d'Histoire des Idées Politiques (C.E.R.H.I.P.) de la Faculté de Droit d'Aix.

(2) "Cahiers de la Noblesse d'Évreux", A.P., t. 3, p. 295.

(3) Le titre latin de l'ouvrage a été traduit par "La Gaule française" (trad. S. Goulart, Cologne, 1574, la "France Gauloise" (S. Goulart, "Mémoires de l'état de France sous Charles IX", t. 2, Genève, 1576, p. 412), la "Gaule franque" (M. Prélot, G. Lescuyer, "Histoire des idées politiques", Dalloz, 1977, p. 250). Ces expressions restitueraient bien les dénominations de "Gallia franca" ou de "Francia gallica". Mais le titre de l'ouvrage signifie littéralement "Franco-Gaule" ou, plus élégamment, la "France Gaule" (J. Imbert, H. Morel, R.-J. Dupuy, "La pensée politique des origines à nos jours", PUF, 1969, p. 175).

(4) La problématique d'Hotman, qui a pour objet de dégager "les bonnes loix & statuts de nos ancestres" (Préface du 21 août 1573 ; trad. S. Goulart, 1574 ; éd. A. Leca, PUAM 1991, p. X), ou, si l'on préfère, de donner "un brief recueil de nos loix et coutumes anciennes" (ibid, p. X), afin d'en rétablir l'application, n'a rien à voir avec la tradition des Miroirs des Princes, rédigés dans une perspective morale. Le livre se distingue aussi de tous les ouvrages antérieurs qui présentaient les institutions monarchiques, sans jamais concevoir l'idée de limites juridiques, externes à la puissance des gouvernants, qui est à la base de notre conception du droit constitutionnel. C'est notamment le cas de "La grant Monarchie de France" (1524) de Claude de Seyssel, qui a beau être admirablement écrit et retracer avec plus d'exactitude que la "Franco-Gallia" les institutions françaises du XVI<sup>e</sup> siècle, n'en dépasse

Bodin, précurseur pour sa théorie de la souveraineté, mais foncièrement étranger à l'esprit de nos droits constitutionnels contemporains (5). Le livre d'Hotman qui, en un quart de siècle, depuis l'édition princeps de 1573, jusqu'à la version posthume de 1600, connut trois éditions latines (6) successives (1573, 1576 et 1600) et une traduction française (7), s'efforce en effet de codifier la "constituenda republica" (8), la constitution (9) coutumière de la "République Française" (10), en la reconstituant, pièce par pièce, depuis "l'enfance de ce Royaume" (11), à l'époque gaulo-franque (12), jusqu'à l'état actuel de la "chose publique" (13).

L'auteur, professeur de droit dans différentes universités, feint de s'abstraire totalement de cette compilation, à prétention scientifique, tant du point de vue juridique qu'historique (14). Tout au plus tire-t-il quelques brèves conclusions laudatives à l'intention de "la sagesse de nos aïeux" (15).

---

pas pour autant l'idée que la souveraineté royale n'est bornée que par des "freins" internes, conformes à la tradition coutumière de notre ancienne Monarchie, mais fort éloignée de nos mentalités contemporaines.

(5) Celui-ci tient à l'idée de préservation des droits et libertés qui, plus encore que leur nature formelle, distingue les Lois Fondamentales de la France d'Ancien Régime, qui ne visent que l'intérêt de la Couronne, des constitutions promulguées depuis 1789, qui cherchent à fournir des garanties aux gouvernés. Si, matériellement, une constitution peut être définie comme un ensemble de règles prévoyant l'organisation et le fonctionnement des organes de l'État, l'idée contemporaine que l'Occident se fait de ce concept est indissociable d'un certain contenu politique : une répartition des pouvoirs publics et une protection des droits. Ces deux préoccupations, étrangères à "La République" (1576) de Bodin, occupent une place centrale chez Hotman.

(6) Les ouvrages d'Hotman ont tous été composés en latin, sauf l'"Apologie de Socrate" (1549), traduite de Platon. l'"Antitribonien" (1567) et l'"Épître au tigre de France" (1560).

(7) Cette unique version en langue vulgaire est celle qui fut traduite et publiée par S. Goulart (1543-1628), en 1574, sous le titre "La Gaule française". Elle a servi de base à la réimpression assurée par les Presses Universitaires d'Aix-Marseille (Aix-en-Provence, 1991).

(8) "*Franco-Gallia*", éd. 1573 Praefatio p. VIII.

(9) Le terme n'apparaît pas dans la traduction française de 1574 qui parle plutôt de "police", au sens de "gouvernement politique".

(10) "*Franco-Gallia*", 1574, cap. V éd. Leca, p. 49.

(11) "*Franco-Gallia*" 1574, cap. VI., éd. Leca, p. 68.

(12) Hotman écrit à l'Électeur Frédéric III, duc de Bavière, auquel est dédiée la "*Franco-Gallia*" : "je me pris à feuilleter tous les historiens François & Alemans, qui ont écrit de l'estat de nostre France : & tiray de leurs escrits ce petit recueil abrégé, contenant sommairement l'estat & la police, laquelle ils tesmoignent avoir eu pied ferme en nostre chose publique, l'espace de plus de mille ans : en quoy autant ou plus qu'en autre chose se monstre notoirement, que nos ancestres furent gens merueilleusement sages & advisez à bien dresser le gouvernement politic d'icelle : de sorte que je tien pour chose toute asseuree, que c'est là le seul & vray remede à tous nos maux, que de reformer nostre maniere de vivre au moule des vertus de ces grans personnages-là" (Préface du 21 août 1573 ; trad. S. Goulart, 1574, éd. A. Leca, PUAM 1991, p. IX).

(13) Cette volonté de codifier le droit français ne se bornait pas au droit public. Dès 1567, dans l'"Antitribonien ou Discours sur l'étude des lois" Hotman appelait à la confection d'un code civil unique pour toute la France. En effet, après avoir rappelé l'intention de Louis XI de réunir en un seul livre toutes les lois françaises, il expliquait qu'il souhaiterait que les États dressent "un ou deux beaux volumes en langue vulgaire et intelligible, tant du droit public qui concerne les affaires de l'État et de la couronne, que toutes les parties du droit des particuliers, et accomodant le tout à l'état et forme de la République française" (H. Blocaille, "*Étude sur F. Hotman - La Franco-Gallia*", Thèse Droit, Dijon, 1902, 70 et 146).

(14) Dans une lettre du 2 mars 1575, Hotman écrit "mon livre est un livre historique, c'est l'histoire d'un fait. Toute la controverse porte sur un fait. Ce fait est dénié par eux, mais

Mais il va sans dire que son œuvre n'est pas détachée de préoccupations plus concrètes, à commencer par les intérêts du "parti" protestant, dont Hotman est un agent très actif. L'exemple le plus caricatural de ce parti-pris tient à la composition des États Généraux. S'agissant de cette institution controversée, il n'y a peut-être qu'une seule chose indiscutée et indiscutable : sa structure tripartite, composée du clergé, de la noblesse et du tiers-état. Or, le publiciste protestant ne pouvant admettre une représentation autonome de l'Eglise catholique, raye celle-ci d'un trait de plume (16). À lire la "Franco-Gallia", non seulement la représentation du premier Ordre n'existe pas, mais elle paraît même ne jamais avoir existé !

Toutefois là n'est pas le plus important. "La clé de voûte de l'ouvrage" (17), "l'idée maîtresse de tout le système" (18) tient à la nature politique du régime qu'il décrit. L'essentiel pour lui est de démontrer que l'État français (19) est historiquement et juridiquement une monarchie tempérée ou, si l'on préfère, une monarchie mixte (20). Cette seconde expression est préférable, dans la mesure où Hotman voit un véritable partage

quelle impudence, quand je n'ai pas avancé trois propositions sans témoignages et sans preuves évidentes ! S'ils prétendent que j'ai cité mal à propos, forgé, ou altéré des textes, qu'ils le disent, qu'ils le publient. J'accepte le défi, dut ma tête en être l'enjeu" ("Liber est historicus, historia facti est. Tota igitur facti controversia est. Hic factum negant. Quenam impudentia est quum vix tria proferantur sine testimoniis ac documentis apertissimis ? Si male a me proferri aliquid, aut fingi, aut adulterinum pro vero produci querantur, publico scripto id proferant. Ego capitis mei periculo disputationem subito" ; (R. Dareste, "François Hotman, sa vie et sa correspondance", "Revue Historique", juillet-décembre 1876, pp. 379-380 ; H. Lureau, "Les doctrines démocratiques chez les écrivains protestants français dans la seconde moitié du XVI<sup>e</sup> siècle", Thèse Droit, Bordeaux, 1900, p. 182 ; E. Blocaille, "Études sur F. Hotman", op. cit. p. 45).

Dans le "Matagonis de Matagonibus" (1575), Hotman disait des détracteurs de l'ouvrage "historique" de 1573 : "pourquoi Masson et Matharel sont-ils si fort irrités contre l'auteur de la Franco-Gallia qui n'est que le simple narrateur des faits qui y sont relatés, de telle sorte que si on enlevait de son livre ce qu'il a rapporté, d'après les historiens et les chroniqueurs, toutes les pages en resteraient blanches ?" (E. Blocaille, "Étude sur F. Hotman" op. cit. p. 168, 182). "Mais, poursuit-il, les savants de la France ne pourront pas mordre sur la Franco-Gallia, parce que celui qui l'a écrite s'est borné à rapporter les paroles des historiens et qu'il n'a rien avancé dans ce livre qu'il ne l'ait, aussitôt, appuyé par leur témoignage et celui des chroniqueurs ; et, d'autre part on ne peut en vouloir à celui qui n'est que le simple narrateur d'un fait" ("Matagonis de Matagonibus" (1575) ; E. Blocaille, "Étude sur F. Hotman" op. cit. p. 167).

(15) La phrase "Majorum nostrorum in constituenda republica sapientiam admiremur" (on peut admirer la sagesse de nos ancêtres dans la constitution de l'État) revient souvent dans le livre (H. Blocaille, "Étude sur F. Hotman", op. cit. pp. 181-182).

(16) Dans un des rares extraits de la "Franco-Gallia", où Hotman évoque la composition de ce qu'il est bien forcé d'appeler parfois "l'assemblée des trois États", il écrit que celle-ci représente "regalem, optimatum et popularem", le roi (!), les grands et le peuple (éd. 1576, cap. X, p. 114 ; éd. 1600, cap. XII).

(17) H. Blocaille op. cit. p. 199.

(18) Ibid, p. 209.

(19) L'édition latine de 1573 utilise le terme de "status" en lui donnant l'acception actuelle qui s'attache au terme d'État ("Franco-Gallia" éd. 1573, Praefatio, p. VIII).

(20) "Franco-Gallia" 1576, cap. X, p. 115 : "Hanc igitur mixtam e tribus generibus reipublicae temperationem majores nostri secuti, sapientissime constituerunt..." (Nos ancêtres établirent donc très sagement cette organisation mixte de notre État...). Hotman utilise indifféremment les deux termes de monarchie "mi-temps" et "tempérée". Tel est le cas lorsqu'il dit que le meilleur gouvernement est celui "qui e tribus generibus Regali, optimatum, a populari mixtus ae temperatus est" ("Franco-Gallia", 1576, cap. p. 114).

des pouvoirs dans la constitution de l'Ancienne France. En effet, selon lui, le pouvoir du prince s'y trouve borné par plusieurs "contrepois" (21) externes à l'institution royale (22), qui lui évitent de verser dans la tyrannie (23) : ce sont les droits du peuple.

On a voulu les utiliser pour parler de démocratie chez Hotman, comme chez d'autres monarchomaques protestants (24). Il s'agit là d'une profonde erreur. En effet, ces droits ne sont pas des prérogatives mises directement en œuvre par la communauté politique, agissant de son propre chef (25). Le peuple, dont parle Hotman, à la Quaestio XXXI de son recueil des "Quaestionum Illustrem" (1573), comme dans les "Franco-Gallia", n'est jamais la multitude : conformément à la tradition médiévale, c'est une entité organisée, un "nomen iuris" inconcevable hors de l'État (26), tout comme dans les "Vindiciae contra Tyrannos" (27) et l'ensemble de la littérature politique de l'époque. Chez Junius Brutus, qui laisse transparaître son mépris pour la populace, "ceste beste qui porte un million de testes" (28), le peuple, ou plutôt "le corps du peuple", car il s'agit d'une personne morale (29), n'exerce sa souveraineté de principe que pour "établir" le roi (30), et surtout (31) pour déléguer son pouvoir de contrôle aux "magistrats" et "officiers du royaume" (32). En d'autres termes, il s'identifie concrètement "ceux qui ont en main l'autorité de par le peuple" (33). Quoiqu'il ne le dise jamais aussi clairement. Il en est à peu près de même chez Hotman, qui

(21) Le texte latin parle de "freno" (X, p. 79) et d'"intermedium". Le terme de "contrepois" se retrouve dans la version française de 1574 (X, p. 97).

(22) Ces contrepois extérieurs à l'institution royale et indépendants de celles-ci méritent de ne pas être confondus avec les "freins" internes de Claude de Seyssel (*supra*, n. 4).

(23) Selon Hotman, "la domination royale, quand elle n'est pas enchaînée, a un penchant naturel, une tendance propre vers la tyrannie" ("Franco-Gallia", 1573, in-8°, p. 8 : "...Quod regalis dominatus, si sine freno relinquitur, ubi in tantam omnium rerum potestatem, tantam in lubricum locum, venerit, facillime in tyrannidem delabitur...").

(24) H. Lureau, "Les doctrines démocratiques chez les écrivains protestants français dans la seconde moitié du XVI<sup>e</sup> siècle", Thèse Droit, Bordeaux, 1900.

(25) Hotman prend d'ailleurs la peine de préciser que la monarchie dont il parle n'a rien à voir avec le système dans lequel le peuple se gouverne lui-même ("Franco-Gallia", cap. XV, éd. Leca p. 157).

(26) M. Marabuto, "Les théories politiques des monarchomaques français", Thèse Droit, Paris, 1967, p. 45.

(27) Junius Brutus, "Vindiciae contra tyrannos", (1579), éd. française de 1581, réimpr. Droz, Paris, p. XXVIII-XXIX.

(28) *Ibid.*, éd. 1581, p. 61.

(29) Le "corps du peuple" est un être immortel, à la différence des êtres de chair qui le composent : "Le peuple ne meurt jamais, encores que les Rois s'en aillent hors du monde les uns après les autres. Car comme le cours continuel de l'eau donne au fleuve une durée perpétuelle, aussi la révolution de naissance & de mort rend le peuple immortel. Et pourtant, comme nous avons aujourd'hui le même Rhin, Seine et Tibre, que nous avions il y a mil ans : aussi est-ce toujours un même peuple celui d'Allemagne, de France, d'Italie... ne peut le cours du temps, ni le changement des individus muer en sorte quelconque le droit de ces peuples" ("Vindiciae contra tyrannos", éd. 1581, pp. 125-126).

(30) Le peuple ne choisit pas la personne du roi, "il eslit le tronc, non pas le reietton qui en procede", toutefois si la lignée "degenere", il peut en élire une autre (*ibid.*, p. 105).

(31) Le rôle des magistrats et officiers est primordial, dans la mesure où le corps formé par l'ensemble de ceux-ci l'emporte nettement sur le roi (*ibid.*, pp. 63 et 105 à 107).

(32) *ibid.*, p. 62, 129, 223-224, 237. Certes Junius Brutus accorde sa préférence à l'élection, qui exprime la volonté de Dieu (*ibid.*, p. 32), mais il n'exclut pas, en pratique, la nomination par le prince (*ibid.*, p. 82).

(33) *ibid.*, p. 62.

partage les mêmes préjugés sociaux à l'encontre de la "plebis" (34), des "personnes de basse et vile qualité" (35). En effet, plusieurs passages de la "Franco-Gallia" laissent entendre que le peuple n'existe politiquement qu'à travers les États Généraux (36), mentionnés sous des dénominations variées (37), et les "optimates" (38), les "gens de bien et d'honneur" (39). Négligeant la théorie pour rechercher des précédents, Hotman fournit deux exemples de la souveraineté de ceux-ci : lors de la querelle entre Philippe IV le Bel et le pape Boniface VIII, en 1302, et lors de la Ligue du Bien Public, qui voulait rassembler les États contre Louis XI, en 1467 (40).

Si la question de la démocratie chez Hotman est donc un faux problème, il n'en est pas de même de la consistance qu'il faut attribuer aux droits du peuple en ses États. On ne peut éclairer cette zone d'ombre sans observer que ces droits apparaissent soit concurrents à ceux du Roi (I), soit exclusifs (II).

## I - LES DROITS CONCURRENTS DU PEUPLE ET DU ROI

Il s'agit là de l'étude du partage des pouvoirs d'État entre le roi et "l'assemblée solennelle du peuple", que développent les différentes éditions de la "Franco-Gallia".

Tout d'abord, suivant la tradition coutumière, mais aussi le droit des gens (41), le peuple doit être associé au pouvoir pour tout ce qui concerne les

(34) "Franco-Gallia", éd. 1573, cap. XVIII, p. 140.

(35) "Franco-Gallia", 1574, cap. XVII, éd. Leca, p. 172.

(36) Parlant de la Ligue du Bien public de 1467 Hotman en arrive à établir le droit à l'insurrection, tout en précisant que le peuple ne peut le mettre en œuvre qu'à travers ses États : "On voit par là combien est vrai ce mot de Marc Antoine : Toutes séditions sont facheuses ; cependant, il y en a de justes, je dirai presque de nécessaires. Mais, si jamais elles sont justes et nécessaires, n'est-ce pas quand le peuple, opprimé par un tyran cruel, va demander secours à toute la congrégation des citoyens légitimement assemblée ? Eh quoi ! la condition des citoyens serait-elle donc pire que celle des esclaves qui, d'après le droit romain, pouvaient chercher auprès du préfet de la ville un recours contre la cruauté de leurs maîtres" ("Franco-Gallia", éd. Cologne 1574, p. 175 ; éd. 1576, cap. XIX, p. 210).

(37) Hotman évoque ainsi "la générale assemblée de la nation appelée le champs de mai, la cour, le placitum et depuis l'assemblée des trois États" ("Franco-Gallia", 1576, cap. X, p. 112 ; éd. 1600, cap. V, XII et XIII in fine). Dans les éditions latines, il parle synonymement de "concilium", de "solemne gentis concilium", de "conventum generalis", de "conventum trium statuum", de "placium" (plaid), de "curia" et même de "curia Parlamenti trium statuum" ("Franco-Gallia", 1576, cap. X, p. 112. "Franco-Gallia", éd. 1600, cap. XIII in fine). Sans même parler des appellations les plus marginales : "Regni ordines" (XV, p. 125), "Statuum sive ordinum concilio" (XI, p. 93) "ordinum conventum" (XIV, p. 127), "publico gentis concilio" (VII, p. 63 ; XIII, p. 110), "populi comitia" (V, p. 58).

(38) "Franco-Gallia", éd. 1573, cap. I, p. 9.

(39) "...il est plus que nécessaire qu'un Roy soit retenu en son devoir par la reverence & l'autorité des gens de bien & d'honneur, comme representans la personne du Peuple, lequel les commet à cela, & leur donne cette puissance" ("Franco-Gallia", éd. 1574, cap. I, p. 12).

(40) "Franco-Gallia", éd. 1600 cap. XXII.

(41) "Or puis donques que ceste coustume & ce droict a toujours esté en usage entre toutes nations, j'entends de celles qui vivent sous un gouvernement Royal & modéré, non pas sous une domination tyrannique, on peut de là aisément conclurre, non seulement que ceste liberté tant belle de tenir assemblees generales de conseil, est une partie du droict des gens, mais mesmes que les Roys qui par mauvaises pratiques & cautelles oppriment ceste sainte & sacree liberté, ne doyyent plus estre tenus en qualité de Roys, mais de tyrans, come ceux qui violent le plus saint droict qui ait jamais eu lieu entre les hommes, & rompent les liens de toute société humaine" ("Franco-Gallia", 1574, cap. X, pp. 106-107).

"Affaires des Estats", c'est-à-dire toutes celles "concernant l'estat de la chose publique" (42).

Concrètement, le prince est donc dans l'obligation périodique de convoquer annuellement l'assemblée du peuple (43) et de se soumettre aux délibérations de celle-ci (44). Tel est, d'après Hotman, le sens de la vieille formule "Tel est notre bon plaisir" (45).

Il en résulte que l'assemblée du peuple partage avec le roi la faculté de légiférer : tout édit ou ordonnance du prince, pour avoir force exécutoire, doit être approuvé par le "Concile des Estats", avant d'être enregistré par le Parlement (46). Hotman fait valoir dans ce sens un capitulaire carolingien prescrivant de solliciter l'avis du peuple sur chaque nouveau chapitre adjoint à la loi (47).

Le "peuple de France" partage également avec le prince le droit de pouvoir aux "souverains estats & offices" (48). En effet, le Roi ne nomme leurs titulaires que sur "l'avis des Estats" (49), ce qui assure à ceux-ci la maîtrise de la "haute-administration" (50). D'autant qu'une fois nommés, le roi ne peut les priver de leur charge, si ce n'est en connaissance de cause, et de l'avis de la Cour des Pairs (51).

Le concile du peuple consent aussi aux impôts que le roi peut avoir à solliciter (52).

(42) "*Franco-Gallia*", 1574, cap. XI, éd. Leca, p. 114.

(43) "Notre État, suivant la règle de nos ancêtres, fut gouverné par les trois ordres, et il fut établi que chaque année (*Franco-Gallia*, 1576, cap. X, p. 115), ou même un plus grand nombre de fois, si cela était nécessaire, une solennelle et publique assemblée serait tenue. Et c'est pour cela qu'elle fut appelée le parlement des trois ordres" (*Franco-Gallia*, 1576, cap. X, p. 129 : "Respublica nostra maiorum instituto temperata e tribus generibus fuisset, constitutum est ut quotannis, atque adeo quoties major aliqua res incideret, solenne et publicum concilium indiceretur; quod propterea trium statuum parlamentum appellatum est").

(44) "...de sorte que le souverain jugement & la décision de tous affaires n'estoit point en la disposition de Pepin, ou de Charles, ou de Loys mais totalement en la puissance de la Majesté Royale : laquelle Majesté avoit proprement & vrayement son siege en l'assemblee solennelle des Estats..." (*Franco-Gallia*, 1574, cap. XV, éd. Leca, pp. 151-152).

(45) Selon Hotman, le "plaisir" du roi est une mauvaise traduction du mot "placitum", qui désignait l'assemblée du peuple sous les deux premières races royales. Il faut donc entendre la maxime comme signifiant : "Car telle est nostre resolution ou arrest pris avec le conseil de nos Estats" (*Franco-Gallia*, cap. XI, éd. Leca, p. 122).

(46) "*Franco-Gallia*", 1600, cap. XII et XXIII. Hormis l'enregistrement parlementaire, rien de tout ceci n'a jamais été de droit positif, hormis la compétence universelle des États, à condition de ne pas oublier qu'ils étaient convoqués au gré du Roi, à titre consultatif. L'idée que les parlements doivent donner leur approbation aux lois se retrouvera bientôt dans les "*Vindiciae*" (éd. 1581, p. 147).

(47) "*Franco-Gallia*", 1574, cap. XI, éd. Leca, p. 122.

(48) "*Franco-Gallia*", 1574, cap. XI, éd. Leca, p. 114.

(49) "*Franco-Gallia*", 1574, cap. XII, éd. Leca, p. 125.

(50) "Summam administrationem", (*Franco Gallia*), 1576, cap. X, p. 108).

(51) L'idée d'un partage de la haute-administration entre le roi et les États se retrouve dans la "Question à savoir s'il est licite sauver la vie aux massacreurs et haineux prins en la guerre par ceux de la Religion assiegez en ceste ville" (1573). Cet ouvrage huguenot dispose que les "trois estats de France, qui sont principaux membres de la couronne, n'ont moins de pouvoir vers le Roy pour le regard de l'administration qu'ont les sept Electeurs ès Republicques d'Allemagne" (S. Goulart, "*Mémoires de l'Estat de France*", éd. de 1579, t. II, p. 183 v°). En d'autres termes, l'assemblée des trois états (= les États Généraux) peut donc contrôler la gestion royale.

(52) "*Franco-Gallia*", 1574, cap. XVIII, éd. Leca, p. 179.

Le domaine royal étant donné au roi pour soutenir les charges de la royauté, comme la dot au mari pour soutenir les charges du mariage (53), le roi ne peut que l'administrer. Il ne peut l'aliéner ou en disposer sans le consentement des États Généraux (54), à la différence de son patrimoine privé (55).

Le droit de grâce du roi est soumis au contrôle du Parlement (56).

Le roi ne peut altérer les monnaies sans l'avis des États généraux (57) (58).

(53) "Le domaine royal est donc comme la dot du roi, dans le sens que les anciens disaient dot pour bien, ou, pour parler plus clairement, comme l'usufruit de certaines propriétés était attribué au roi afin qu'il put entourer l'autorité royale de l'éclat et de la splendeur nécessaires. J'ai dit comme un usufruit, parce que la propriété de ces biens demeurait toute entière au peuple, de telle sorte que le roi ne pouvait en aliéner aucune partie sans l'autorisation du peuple, c'est-à-dire sans l'accord de l'assemblée publique et des ordres, comme d'ailleurs nous l'enseignerons plus tard. Le droit de s'en servir et d'en jouir était donc simplement concédé au roi. J'ai dit comme un usufruit, parce que, sur beaucoup de points, ce droit de jouissance s'éloigne de l'usufruit, le roi n'étant pas tenu de donner caution de restituer ni de jouir comme un homme de bien ; et autres choses du même genre" (*"Franco-Gallia"*, éd. 1600, cap. IX, p. 29 : "Est enim domanium regnum quasi dos regni ; quomodo veteres dicebant dotem praedii ; sive, ut planius loquamur, quasi quidem ususfructus certarum possessionum, regi ad tuendum dignitatis suae splendorem adtributus. Dixi quasi ususfructus, propterea quod earum possessionum proprietates penes populum manet ; neque ulla ejus pars alienari a rege potest, sine populo auctore : hoc est sine ordinum et publici consilii consensu, quemadmodum posterius commodiore loco docebimus. Jus tantum utendi fruendi ei conceditur. Addidi, autem particulam quasi, quia permultis in rebus jus illud ab usufructu discrepat : veluti ut cautio de restituendo, cautio de fruendo boni viri arbitrio praestetur, etc., et qua sunt in eodem genere".

(54) *"Franco-Gallia"*, 1574, cap. VII, éd. Leca, p. 73 et cap. XI, p. 114 ; *"Franco-Gallia"*, éd. 1600, cap. VIII et XXIII. Hotman se plaint à rappeler que lorsque François I<sup>er</sup> voulut aliéner une partie du domaine de la couronne, toutes les aliénations antérieures faites par ses prédécesseurs de leur seule autorité furent annulées par le parlement, parce qu'elles n'avaient pas été préalablement approuvées par les États (*"Franco-Gallia"*, éd. 1576, cap. XVII, p. 203 : "Nostra memoria in parlamento Parisiensi commemoratum, neque vero praetermittendum est quod Paponius testatur ; cum rex Franciscus primus domini sui partem alienare vellet, omnes ejus modi alienationes a superioribus regibus factas eo solo nomine irritas fuisse, quod sine concilio et trium statuum auctoritate factae fuissent").

(55) Fidèle écho des catégories romaines, Hotman distingue d'une part les biens patrimoniaux du prince qui lui appartiennent à titre privé, et dont il dispose librement, d'autre part les biens "fiscaux" qui reçurent le nom de "domaine royal" ou de "domaine de la couronne", qui lui ont été attribués par le peuple en raison de ses fonctions et qui sont attachés aux dites fonctions (*"Franco-Gallia"*, 1574, cap. VII, éd. Leca, pp. 73-74).

(56) Hotman s'appuie à ce sujet sur le juriste Nicolas Bohier (*"Decisiones Burdigalenses"*, Lyon, 1567). Les "Vindiciae" professent que le prince ne peut pas absoudre ceux que la loi condamne, ce qui serait contraire au principe de subordination du roi à la loi (éd. 1581, p. 150).

(57) *"Franco-Gallia"*, éd. 1600, cap. XXIII, p. 79 à 84. On retrouve cette idée chez Guillaume Budé (*"De Ass"*, cap. III et V) et Charles du Moulin (*"Commentaires analytiques sur l'édit des Vindiciae"*, 1561). On la rencontre également dans les "Vindiciae" (éd. 1581, p. 146).

(58) Certes, l'ordonnance du 28 décembre 1355, prise précisément à l'instigation des États, faisait obligation au roi de faire désormais bonne et stable monnaie, en retirant de la circulation toutes les espèces d'argent et en précisant que les nouvelles pièces frappées ne s'écarteraient pas du pied 24°, mais les exigences de la guerre eurent vite raison des belles promesses et, sept mois après l'essai de retour à une monnaie droite, la dégringolade avait recommencé (J. d'Avout, *"La révolte d'Étienne Marcel"*, Gallimard, 1960, p. 81). Dans des lettres du 16 janvier 1347 au sénéchal de Beaucaire, Philippe VI fixa la doctrine définitive de la monarchie : "nous ne pouvons croire que aucun puisse ne doit faire doute que à Nous et à nostre Majesté royal n'appartiengne seulement et pour le tout, en nostre Royaume, le mestier, le fait, la provision et toute l'ordenance de monnoie, et de faire monnoyer teles monnoyes, et donner tel cours, pour tel prix comme il Nous Plaist" (*Ord.*, II, 254).

L'assemblée générale délibère enfin de la paix et de la guerre (59).

En ce qui concerne les autres droits du peuple en ses États, Hotman va encore plus loin, puisqu'il en exclut totalement le prince.

## II - LES DROITS EXCLUSIFS DU PEUPLE EN SES ÉTATS

Il s'agit du droit de nommer et, éventuellement, de révoquer les rois.

Selon Hotman, la dévolution de la Couronne dépend des États, qui sont à l'origine de ses règles de transmission, comme de ses ré-aménagements successifs (60). D'après lui, cette dévolution se fonde juridiquement sur l'élection (61) (62). Il en était déjà ainsi dans les principautés de la Gaule celtique (63). Plus tard, les rois francs furent également élus depuis (le légendaire) Pharamond (64) et son troisième successeur présumé, Childéric, qui le premier aurait régné sur la France (65).

Or l'élection se faisait à certaines conditions (66) : la naissance et la valeur personnelle.

L'appartenance à une race royale avait naturellement sa place dans le choix, conformément à une tradition germanique qu'avait noté Tacite, et les fils de rois étaient volontiers préférés (67). Mais la naissance ne suffisait pas, comme le montrent les exemples de plusieurs princes choisis hors de la famille jusqu'alors régnante (68).

La valeur personnelle de l'individu était en effet primordiale. "Je ne pense pas, écrit-il, qu'on sceust inventer une loy ou coutume, ny plus sagement ordonnée, ny plus profitable pour la chose publique, que ceste police-là. Car ... tout ainsi que les bons veneurs ne cherchent pas ce qui est né d'un bon chien, mais le chien mesme qui soit bon : ny semblablement les sages hommes d'armes, ce qui est né d'un cheval, mais le cheval mesme,

(59) *"Franco-Gallia"*, 1574, cap. XI, éd. Leca, p. 114 ; *ibid*, cap. XVIII, p. 178.

(60) *"Franco-Gallia"*, 1574, cap. VII, éd. Leca, pp. 77-78.

(61) *"Franco-Gallia"*, éd. 1574, cap. VII, p. 72 ; éd. 1576, cap. VII, p. 85 : "Quae omnia eo pertinet, ut doceamus, regnum Franco-Galliae antiquitus non hereditatis jure, ut privata patrimonialia, sed ordinum ac populi judicio et suffragio deferri solitum fuisse" (Ce que nous venons de dire aboutit à ceci, comme nous l'enseignons, qu'anciennement le royaume franco-gaulois était déferé, non d'après un droit héréditaire, et comme un patrimoine privé, mais était conféré par la décision et les suffrages des ordres et du Peuple).

(62) L'idée se retrouve chez Junius Brutus. Évoquant l'époque durant laquelle "les Carlovingiens taschoyent d'oster la couronne de France aux Merovingiens, & que les Capevingiens vouloyent aussi supplanter les Carlovingiens" il écrit que "quand par le conseil public & par l'autorité des Estats le Royaume a été transporté des uns aux autres, il n'a plus été loisible de s'y opposer" (*"Vindiciae contra tyrannos"*, éd. 1581, p. 214).

(63) *"Franco-Gallia"*, 1574, cap. I, éd. Leca, p. 11.

(64) Selon l'auteur, qui s'inspire ici de la chronique d'Aymon de Fleury (950-1008), opportunément rééditée en 1567. Pharamond fut en effet le premier roi Franc élu (*"Franco-Gallia"*, éd. 1576 & 1600, cap. V). Mais il précise que ce n'est qu'en 450, que Childéric, fils de Mérovée, fut élu roi par les Gaulois et les Francs (*"Franco-Gallia"*, éd. 1576 & 1600 cap. V).

(65) *"Franco-Gallia"*, 1574, cap. V, éd. Leca, pp. 56 et 58.

(66) *"Franco-Gallia"*, 1574, cap. VI, éd. Leca, p. 68. C'est par cette idée d'une élection "sous certaines loix & conditions" qu'Hotman se rattache aux théories contractualistes, tellement en vogue chez les Monarchomaques (H. Morel, *"La theorie du contrat chez les Monarchomaques"*, *"Études offertes à P. Kayser"*, PUAM, Aix, 1979, rééd., *"Mélanges Morel"*, PUAM, Aix, 1989, pp. 445-462).

(67) *"Franco Gallia"*, 1574, cap. V, éd. Leca, p. 60 ; éd. 1600, cap. VI.

(68) Hotman cite Pépin, Eudes, Robert et Hugues Capet (*"Franco-Gallia"* éd. 1600, cap. V).

aussi ceux qui s'entremettent d'établir un gouvernement politique, commettent une lourde faute, s'ils s'amuse à chercher, de qui devra naître leur Prince, & non pas quel il sera" (69).

Certes, l'analyse n'est pas criticable pour l'époque mérovingienne (70), encore que l'hérédité royale l'ait largement emporté sur l'élection, comme l'atteste la pratique des partages successoraux (71). Elle ne l'est pas davantage pour la période carolingienne, d'autant que le principe électif y prédomina à compter de 888.

Mais l'exposé est beaucoup plus discutabile lorsqu'Hotman transpose ces règles à l'époque capétienne (72). S'il n'a pas tort pour la fin du X<sup>e</sup> siècle, tel n'est pas le cas lorsqu'il parle d'élection des États à propos de Philippe de Valois en 1328 (73) et de manifestations de la souveraineté de l'assemblée au XIV<sup>e</sup> et au XV<sup>e</sup> siècles (74) (75). D'autant qu'il fait passer pour des États

(69) "*Franco-Gallia*", 1574, cap. V, éd. Leca, p. 60 ; "*Franco-Gallia*", 1576, cap. VI, p. 67 : "Quo instituto, haud scio, an quicquam sapientius aut reipublicae salutaris excogitari poterit. Nam (ut Plutarchus in Sylla luculenter monet), quemadmodum venatores non quod ex generoso cane natum est, sed canem ipsum generosum quaerunt ; equites non quod ex equo generosissimo natum, sed equum ipsum expetunt ; eodem modo qui rempublicam constituunt, magno errore ducuntur, sio quis princeps sibi agnaturus sit, potius quam qualem habituri sint, exquirant.

Malgré cette affirmation de la place primordiale de l'élection, la pensée profonde d'Hotman est qu'il faut marier les deux : le peuple a élu une souche royale en se réservant le droit de choisir dans cette race et même d'en changer si cela est nécessaire (H. Blocaille, "*Étude sur F.Hotman*", op. cit. pp. 187-188). Junius Brutus ne semble pas nourrir des vues différentes. Pour l'un et l'autre, la couronne française, n'est pas "purement héréditaire" ("*Vindiciae contra tyrannos*", éd. 1581, p. 189).

(70) Il est bien connu que les rois mérovingiens légitimaient leur autorité par leur appartenance à une famille en quelque sorte sacralisée par une obscure filiation divine et qu'ils signifiaient cette appartenance par une longue crinière à laquelle était attachée comme une vertu mystérieuse (G. Teissier, "*Le baptême de Clovis*", Gallimard, Paris, 1964, pp. 250-251). "Encore ne suffisait-il pas d'appartenir à la famille mérovingienne pour être considéré de plein droit comme chef ou roi légitime. Il y fallait encore l'assentiment populaire qui ne se donnait qu'aux individus capables de se comporter en chefs" (G. Teissier, "*Le baptême de Clovis*", op. cit., p. 251).

(71) L'objection du partage "in viriles partes" ne désarme pas Hotman qui les fonde sur l'élection ("*Franco-Gallia*", 1573, cap. VII, p. 62 ; 1574, cap. VII, éd. Leca, p. 76).

(72) "*Franco-Gallia*", 1573, cap. XVI, pp. 131 s. ; 1574, cap. XVI, éd. Leca, pp. 162 s.

(73) "*Franco-Gallia*", 1573, cap. XVII, pp. 135-136 ; "*Franco-Gallia*", cap. I, éd. Leca, pp. 167-168.

(74) Il cite plusieurs exemples attestant du droit des États de disposer de l'autorité souveraine :

1<sup>o</sup>) le précédent de 1328,

2<sup>o</sup>) l'assemblée de 1356 qui, en raison de la capture de Jean le Bon, remit le pouvoir à douze députés choisis en son sein,

3<sup>o</sup>) l'assemblée de 1375 qui aurait annulé le prétendu testament de Charles V, par lequel ce dernier aurait désigné le tuteur de ses fils et confié la régence à son frère Louis.

4<sup>o</sup>) l'assemblée de 1392 qui, en raison de la démente de Charles VI, décida que l'administration du royaume serait remise aux ducs de Berry et de Bourgogne,

5<sup>o</sup>) l'assemblée de 1426, qui contraignit le duc de Bourgogne et le duc de Gloucester à se présenter devant elle pour mettre un terme à leur querelle,

6<sup>o</sup>) l'assemblée de Tours de 1468 qui décida que Louis XI donnerait en apanage à son frère un duché, exclusion faite de la Normandie,

7<sup>o</sup>) enfin l'assemblée de 1484 qui confia l'éducation du jeune Charles VIII à sa sœur Anne ("*Franco-Gallia*", 1574, cap. XVII, éd. Leca, pp. 167 s. ; 1600, cap. XXI).

(75) L'idée d'une royauté élective se retrouve dans les "*Vindiciae*" (éd. 1581, p. 107) et chez les monarchomaques catholiques notamment Rosaeus et Boucher.

Généraux à peu près n'importe quel type de formation, notamment l'assemblée de notables (76) de 1328.

Il n'empêche, poursuit-il dans la dernière édition de la "Franco-Gallia", que le droit d'élire les rois et, si nécessaire, de les déposer a fini par ne plus être mis en œuvre et les rois capétiens ont cessé de convoquer "la générale assemblée de la nation" (77).

En ce qui concerne la désignation du roi, il relève que les usages ont introduit une dévolution successorale par voie de primogéniture mâle avec exclusion des parents par les femmes (78).

S'inspirant étroitement de Jean de Terrevermeille (79), Hotman expliquera dans la dernière édition de son livre que le roi ne peut disposer du royaume au préjudice de son fils, qu'il n'a pas le droit de se choisir un successeur ni d'adopter un fils ou de disposer de son royaume par une donation entre vifs ou par testament (80).

Encore faudrait-il préciser le concept de monarchie élective qui peut indifféremment désigner une royauté dont les titulaires successifs sont individuellement élus et un système politique dans lequel une lignée royale a été établie par la volonté du peuple. L'ambiguïté apparaît nettement dans les "Vindiciae" (éd. 1581, pp. 100-101). Lorsque Junius Brutus écrit que la couronne de France est élective, il songe à la seconde acception alors que Boucher est plutôt tenté par la première.

(76) F. Olivier-Martin, "Histoire du droit français", Domat, Montchrestien, 1948, p. 377.

(77) "Franco-Gallia", éd. 1600, cap. IX, p. 30.

(78) "Franco-Gallia", éd. 1600, cap. IX, p. 30 : "Itaque postquam, recepta sensim consuetudine Franco-Galliae corona hereditaria esse coepit, et vel filio vel proximo agnato deferri, quamvis plures ejusdem gradus vel filii vel agnati essent ; tamen uni tantum, seniori scilicet ; reliquis omnibus ejusdem gradus vel filiis, vel agnatis exclusis ; tamen uni tantum, seniori scilicet, ac natu maximo domanium illud attributum fuit" (Après que la couronne de France fut devenue héréditaire, coutume qui s'est établie insensiblement, elle fut attribuée au fils du roi ou à son parent le plus rapproché du côté paternel ; et quand elle était attribuée au fils, alors c'était au plus âgé, tous les autres fils et les agnats étant exclus).

Ce passage n'existait pas dans les éditions de 1573, 1574 et 1576. Il rappelle les règles de dévolution de la couronne en des termes à peu près identiques à ceux de Jean de Terrevermeille en 1419 : la couronne de France est successive par ordre de primogéniture avec exclusion des femmes et des parents par les femmes. Son origine remonte aux plus anciennes coutumes et il n'appartient à personne de la changer, ni au roi bien-sûr, ni même aux États Généraux, à la différence de ce qu'écrivait Terrevermeille.

(79) J. de Terrevermeille, "Tractatus" : "Ita quod non posset rex de regno testari, etiam primogenitum vel proximiorum, cui regnum debetur, instituendo ; quia nullo modo posset institutus capere regnum vi testamenti, vel alterius dispositionis paternaë, quae non valuit ; sed solum virtute legis immutabilis regni, a qua vocatur" (Ainsi le roi ne peut de son royaume faire l'objet d'un testament, même en instituant son fils premier-né, ou son plus proche parent, auquel le royaume revient naturellement, parce que l'institué ne peut recevoir le royaume par l'effet d'un testament ou d'une autre disposition paternelle qui ne vaudrait rien, mais il le doit recevoir par l'immuable loi du royaume d'après laquelle il est appelé). Ces lignes apparaissent textuellement dans le "De Jure successionis regiae", 1600, lex prima, p. 102).

(80) "Franco-Gallia", éd. 1600, cap. XXII p. 80 : "Item adeo ex vi consuetudinis in regno Franciae succeditur, quod sicut nec ex voluntate dispositiva et testamentaria regis successio defertur eius successoribus, nec deferri potest ; sic nec ex tacita voluntate ejus ab intestato dispositiva ei succedi potest ; sed solum consuetudo succedenti defert regnum" ("La succession du roi n'est pas attribuée à son successeur par testament et ne peut lui être attribuée de cette façon, celui-ci ne succède pas davantage en vertu d'une volonté non exprimée du roi son prédécesseur, et en l'absence de toute disposition testamentaire ; mais la coutume seule lui attribue le trône").

Pour ce qui a trait à la déposition du prince, Hotman insiste sur le fait que les États ont "souveraine puissance, non seulement de donner, mais aussi d'oster la dignité Royale" (81).

D'après lui, les rois "franc-gaulois" pouvaient être déposés (82).

Sous les Mérovingiens, c'est ce qu'il serait advenu à cinq reprises (83). Sous les Carolingiens, il en trouve encore quatre applications (84).

Selon l'auteur, "tous ces témoignages montrent clairement que non seulement le peuple eut tout entier dans la main le droit de choisir ses rois, mais qu'il eût encore celui d'écarter et de rejeter les fils du roi défunt et de porter son choix sur des personnes étrangères à la race royale" (85) (86).

La continuité de cet exposé dissimule une évolution certaine.

Certains commentateurs ont écrit qu'en 1585 ou 1588 (87), Hotman avait fait volte-face, comme d'autres de ses coreligionnaires (88), et avait abandonné le thème de l'élection pour se rallier aux règles de dévolution successive de la couronne (89). D'autres ont répondu que l'accusation était injuste (90). Que faut-il en penser ?

Tout d'abord que les événements qui ont suivis la mort du duc d'Alençon (10 juin 1584), le dernier héritier Valois, n'ont pas rencontré chez Hotman l'écho que l'on s'imagine. En effet, au début, le jurisconsulte huguenot n'en avait absolument pas déduit la possibilité de voir son coreligionnaire Henri de Navarre monter sur le trône : en novembre 1584, il

(81) *"Franco-Gallia"*, 1574, cap. VII, éd. Leca, p. 72, *ibid*, cap. X, p. 94.

(82) Selon lui le peuple peut toujours déposer son roi, et en créer un autre quand bon lui semble. Ce droit réside dans l'ensemble de la nation et doit être exercé par une assemblée solennelle (*"Franco-Gallia"*, 1573, p. 109 et 113 : "Jus omne et creandum et abdicandorum regum penes solenne gentis concilium... Depositio regis et alterius institutio non ad episcopum tantum modo, neque ad clericum aliquem, aut clericorum collegium pertinet, sed ad universitatem civium inhabitantium regionem, vel nobilium, vel ipsorum valentiorum multitudinem").

(83) Childéric I<sup>er</sup>, puis son successeur Aegidius, ainsi que Théodoric, c'est-à-dire Thierry III, Childéric II, tué par un noble franc nommé Bodilon, et enfin Childéric III, déposé par Pépin le Bref en 751 (*"Franco-Gallia"*, 1574, cap. VI, éd. Leca, pp. 67 s., 1600, cap. VII).

(84) Charles le Gros, déposé en 890 et remplacé par Eudes, remplacé à son tour par Charles le Simple, lui-même évincé au profit de Robert en 894, lui-même renversé au bénéfice de Raoul en 926 (*"Franco-Gallia"*, 1574, cap. VI, éd. Leca, pp. 70-71 ; 1600, cap. VII).

(85) "Quae testimonia eo magis notanda atque observanda sunt, quod populi jus demonstrant summum fuisse, non modo in regibus diligendis, verum etiam in regum filii repudiandis, et alienis asciesendis" (*"Franco-Gallia"* éd. 1576, cap. VI, p. 72).

(86) L'idée se retrouve dans les *"Vindiciae"*, éd. 1581, p. 103 sur les entorses à la succession directe par ordre de primogéniture et pp. 103 à 105 sur la possibilité d'élire un roi dans une autre lignée.

(87) L'incertitude provient des doutes concernant la datation du "De Iure Successionis Regiae in Regno Francorum leges aliquot ex probatis auctoribus collectae, studio et opera Francisci Hotomani jurisconsulti, obiter de iure regis Navarrae". Selon les uns, il remonterait à 1585 (E. Blocaille, *op. cit.*, p. 74), selon les autres à 1588 (H. Lureau, *op. cit.*, p. 186).

(88) Duplessis-Momay se rallia ainsi à l'hérédité et au droit divin (H. Lureau, *"Les doctrines démocratiques chez les écrivains protestants français"*, *op. cit.*, p. 31).

(89) "Hotman fait volte-face ; il criait : vive la noblesse et l'élection ! Il crie : vive la monarchie et l'hérédité. Il oublie la *"Franco-Gallia"* pour écrire le droit du neveu" (Baudrillart, *"Bodin et son temps"*, Paris, 1853) ; "le démocrate de 1573 va devenir le royaliste de droit divin de 1588" (H. Lureau, *"Les doctrines démocratiques chez les écrivains protestants français"*, *op. cit.*, pp. 31 et 186).

(90) On peut se reporter dans ce sens aux deux thèses de E. Blocaille, *"Étude sur F. Hotman"*, *op. cit.*, pp. 234-235 et de M. Marabuto, *"Les théories politiques des monarchomaques français"*, *op. cit.*, p. 29.

écrivait ainsi à Stuck qu'il ne fallait pas se fier au "tyran" Henri III (91) et en mai 1585, il écrivait à un autre ami que "l'opinion publique est qu'il (Henri III) joue une comédie, qu'on tiendra les états militairement, qu'on enlèvera tout espoir au roi de Navarre, qu'on désignera un catholique comme héritier au trône..." (92). Même si ceci ne l'empêchait pas de vitupérer contre l'excommunication d'Henri de Bourbon par le pape Sixte-Quint dans son "Brutum fulmen" (93). Dans ces conditions il eût été étonnant de voir Hotman accomplir une quelconque "volte-face". En mai 1588, on ne dispose d'aucun document permettant d'éclairer son attitude à l'égard de l'insurrection de la Ligue le 12 et de la fuite du roi le 13. Peut-être pensait-il encore, comme beaucoup de réformés, qu'il s'agissait d'une nouvelle tromperie du Valois (94). En effet à la nouvelle de l'édit d'Union, par lequel le roi tenta de se réconcilier avec les Ligueurs, Hotman révéla son aversion persistante pour le roi ou plutôt le "tyran le plus impie et le plus scélérat que la terre ait jamais porté" (95). Ce n'est que tardivement, à compter du mois d'avril 1589, qu'il prit acte de la sincérité d'Henri III, désormais allié au Navarrais (96), et de la possibilité de voir celui-ci sur le trône de France.

En second lieu, il est certain que dans la première édition de la "Franco-Gallia" (1573), comme dans la dernière (1600) et dans le "De Iure Successionis Regiae in Regno Francorum" (1585/1588 ?), on retrouve l'idée du droit qu'avait anciennement le peuple d'élire ses rois. Hotman n'a pas fait "volte-face" et n'est jamais revenu sur l'affirmation de ce principe originel. Dans la première édition de la "Franco-Gallia", comme dans la dernière, dans la "Disputatio de controversia inter patrum et patris filium" de 1585 (97), comme dans le "De Iure Successionis Regiae in Regno Francorum", il a toujours rapporté les règles de dévolution de la couronne, sans jamais contester l'enracinement de la succession (98), même si c'est seulement dans la dernière édition de la "Franco-Gallia" qu'il expose avec clarté le régime de la transmission successive par voie de primogéniture mâle avec exclusion des parents par les femmes (99).

Toutefois, en 1573, 1574 et 1576, Hotman indiquait fort clairement que l'inflexion subie par les institutions royales était pernicieuse. Dans la préface latine de septembre 1573, il ne cachait pas qu'il espérait que l'on

(91) Lettre du 6 novembre 1584 (H. Lureau, "Les doctrines démocratiques chez les écrivains protestants français dans la seconde moitié du XVI<sup>e</sup> siècle", op. cit., p. 187).

(92) Lettre du 3 mai 1585 (R. Daresté, "François Hotman, sa vie et sa correspondance", op. cit., p. 410).

(93) L'ouvrage parut sans nom d'auteur en 1585 (E. Blocaille, "Étude sur François Hotman", op. cit., p. 53).

(94) R. Daresté, "François Hotman, sa vie et sa correspondance", op. cit., p. 410.

(95) Ibid, pp. 410-411.

(96) Lettre du 16 avril 1589 (H. Lureau, "Les doctrines démocratiques chez les écrivains protestants français dans la seconde moitié du XVI<sup>e</sup> siècle", op. cit., p. 187).

(97) L'ouvrage a été indûment attribué au catholique Antoine Hotman (le frère de François) par R. Villers, ("Aspects politiques et juridiques de la loi de catholicité (1589-1593)", R.H.D. 1959, p. 202, n. 15).

(98) Dès 1573 ("Franco-Gallia", cap. XIX, p. 148), il écrit que les femmes ne sont point admises à la succession du Royaume : "An mulieres non ut ab hereditate Regni" (souligné par nous). Le texte de 1574 ne dit pas autre chose : les femmes sont forcloses ... de l'administration du Royaume, comme elles le sont de la succession" (cap. XIX, éd. Leca, p. 181).

(99) Supra, note n° 78.

revienne à "l'ancien et naturel état ... de notre république" (100). Dans une lettre à son ami Bullinger, en décembre de la même année, il écrit que son livre est "d'une grande importance pour reconquérir notre gouvernement et rendre à notre France son assiette et son repos" (101). Dans l'épître ouvrant la traduction française de 1574, il parle de replacer "nostre Estat corrompu, comme une musique desaccordée, à ce bel ancien accord qui fut du temps de nos Peres" (102). Dans la préface de l'édition de 1575 il écrit que "les maux dont nous souffrons ... proviennent ... de la blessure faite ... aux bonnes lois et coutumes de nos ancêtres" (103). Il est clair que malgré une citation ambiguë (104), à ses yeux il importe de rendre au pays sa "Patrios Politeia" (105), son "antique constitution", "le plus sûr remède de tant de maux" (106). De toute évidence, ce programme inclut nécessairement l'élection royale. Et c'est bien ainsi que l'ont compris ses contemporains, à commencer par Matharel (107). En revanche, à compter de 1585, il ne critique plus le passage de l'élection à la succession et semble désormais se satisfaire du fait dynastique.

Au delà de cette controverse, qui n'intéresse que la pensée politique d'Hotman, il faut retenir que son exposé et ses préférences concernant "l'assemblée des trois états" n'ont jamais variées et ont marqué durablement le courant d'idées hostile à l'absolutisme, qui cherchera toujours à se raccrocher à cette institution. Par ailleurs, quoique fondée sur le droit historique, la

---

(100) "Ita Rempubicam nostram tum denique sanatum iri confidimus, cum in suum antiquum & tanquam naturalem statum divino aliquo beneficio restituetur" ("*Franco-Gallia*" 1573, Praefatio, p. X).

(101) Lettre du 5 décembre 1573 (R. Dareste, "François Hotman,, sa vie et sa correspondance", op.cit., p. 380).

(102) Selon lui, "nos Pères ... furent gens merveilleusement sages et advisez à bien dresser le gouvernement politic d'icelle, de sorte que je tien pour chose toute assuree que c'est là le seul et vray remede à tous nos maux, que de reformer nostre maniere de vivre au moule des vertus de ces grans personnages-là, et de reduire nostre Estat corrompu, comme une musique desaccordée, à ce bel ancien accord qui fut du temps de nos Peres" ("*La Gaule française*", 1574, épître).

(103) Préface du 20 août 1575 ; E. Blocaille, op. cit, p. 171.

(104) En 1575, en réplique à Matharel qui l'accusait de vouloir changer la monarchie en démocratie, il rappelait que la "Franco-Gallia" n'avait pas voulu "critiquer l'organisation actuelle du royaume" ("*Matagonis de Matagonibus decretorum Encallaurei Monitoriale adversus Italo Galliam sive antifrancogalliam Antonii Matharelli Alvernogeni*", s. 1, 1575 ; E. Blocaille, "Étude sur F. Hotman", op. cit, p. 172).

(105) La référence au thème grec de la "constitution des ancêtres", cher aux conservateurs du IV<sup>e</sup> siècle (É. Will, C. Mosse, P. Goukowski, "*Le monde grec et l'Orient*", t. 2, PUF, 1975, pp. 191 à 201) paraît s'imposer. En effet, tout comme Hotman, Isocrate et ses amis ne récusait pas le régime en vigueur dans leur patrie, mais entendaient le réformer en revenant en arrière, vers un point d'équilibre mythique, dont la rupture aurait entraîné la dérive des institutions. Ils proposèrent en exemple une démocratie de Solon ou une démocratie de Clisthène, reconstruites de toutes pièces, selon la méthode qui sert à Hotman pour réinventer une monarchie d'avant Louis XI et qui servira à la littérature nobiliaire du XVIII<sup>e</sup> siècle pour reconstruire une royauté d'avant Richelieu (J. Touchard, "*Histoire des idées politiques*", t. 1, Paris, 1967, pp. 26-27).

(106) Préface du 20 août 1575 ; H. Lureau, "*Les doctrines démocratiques chez les écrivains protestants français*", op. cit., p. 171.

(107) "Que veut-il d'autre, lorsqu'il approuve tellement ce mode d'élection qu'au-dessus de quoi à son avis on ne peut rien imaginer de plus sage, de plus salutaire à la République. Que veut-il d'autre que de ramener notre royaume si bien établi, si bien fondé, à cette bête si dégoûtante, monstrueuse et sanguinaire qu'est l'élection- chose cependant qu'il appelle sainte et salutaire" (P. Moussiég, op. cit, p. 42).

"Franco-Gallia" contient en germe l'idée -révolutionnaire- d'un droit naturel ahistorique : tel est le cas des assemblées générales qui, depuis l'Antiquité, ont existé et existent obligatoirement chez les peuples libres : "toutes les nations, écrit Hotman, ont toujours eu cette commune règle de conduite, que le salut du peuple fut la loi suprême, toutes les nations, du moins celles qui obéissent à un pouvoir royal et non à un pouvoir tyrannique ; il est facile de voir que, non seulement, cette liberté magnifique d'avoir des assemblées générales faisait partie du droit des gens, mais que les rois qui, par leurs artifices, opprimèrent cette sacro-sainte liberté, furent considérés comme les violeurs du droit des peuples, mis hors des sociétés humaines et regardés comme des tyrans et non comme des rois" (108). C'est là une idée qui rattache, par delà les siècles, les Monarchomaques de la Renaissance à leurs lointains héritiers des Lumières.

---

(108) "Qua cum ita se habeant, cum inquam gentium ac nationum omnium commune hoc institutum semper fuerit, quae quidem regio ac non tyrannico imperio uterentur, ut salus populi suprema lex essetperspicuum est, non modo praeclaram illam communis concilii habendi libertatem partem esse juris gentium, verum etiam reges qui malis artibus illam sacrosanctam libertatem opprimunt, quasi juris gentium violatores, et humanae societatis expertes jam non pro regibus sed pro tyrannis habendos esse" ("*Franco-Gallia*", 1576, cap. X, p. 124).

R.R.J. 1992-1  
Pages 291 à 314

- VII -

THÉORIE JURIDIQUE



# DANS LA VOIE VERS LE DROIT : DU SOCIALISME AU POSTSOCIALISME

Par

V.S. NERSESIANTS

*Docteur en droit, Professeur, Chef de section à l'Institut de l'État et du Droit  
de l'Académie des sciences de l'U.R.S.S. (IGPAN)*

Les discussions contemporaines portant sur le socialisme nous offrent un large éventail d'opinions. Ainsi, pour certains auteurs, on doit aller du socialisme "déformé" au socialisme "authentique", puis vers le communisme. Il existe également un autre point de vue : on n'a pas encore édifié le socialisme, car ce que nous avons actuellement est loin d'être le socialisme authentique ; pire, il n'a rien du socialisme. Les uns chérissent l'idée de restauration de l'ordre de caserne du socialisme "classique". D'autres encore croient que le socialisme est une impasse historique et misent sur le retour au capitalisme.

À notre avis, cette façon de voir les choses (y compris des approches similaires des problèmes du droit et de l'État) laissent en suspens la question de savoir quelle est la nature objective du socialisme, ses caractéristiques réelles et historiques, les vraies causes de sa crise actuelle, son destin historique, etc.

Il ne s'agit pas seulement de ce que nous voulons, de nos prétentions subjectives à un "bon avenir" ; l'essentiel c'est ce que veut la réalité historique du socialisme elle-même, l'avenir pour lequel elle a objectivement mûri. Et ce n'est qu'en se conformant à la logique objective du processus historique que les facteurs subjectifs et l'ensemble des activités politiques et sociales peuvent jouer un rôle positif et créateur dans la solution de la crise contemporaine, pour aller de l'avant.

En raisonnant de la sorte, nous entendons élaborer le concept du postsocialisme en tant qu'avenir du socialisme. Un des principaux aspects du présent concept consiste en ce qu'on cherche la réponse aux questions relatives à l'originalité et la logique de notre propre voie vers le droit, vers la confirmation des droits et libertés de l'homme, vers les origines de l'économie et de la politique de droite, vers le marché, la société civile et l'État de droit.

Cela étant, il est clair que l'aspect juridique du concept proposé n'a pas qu'une valeur strictement technique, mais embrasse l'ensemble, l'essence même, des changements en cours et des changements futurs, car lorsqu'il est question du droit, il s'agit avant tout de la liberté ou de non liberté des gens,

de leur reconnaissance comme individus libres et indépendants, ou bien de leur transformation en "vis" privées de droits, en éléments sujets et dépendants d'une collectivité, d'une classe, d'une couche, d'une masse d'un peuple. Le droit ne consiste pas en n'importe quelle forme de relations sociales entre les gens, mais est une forme (mode, type, méthode, principe) spécifique de rapports dans le cadre desquels divers individus sont formellement égaux et agissent en tant que tels, comme des gens qui ne dépendent pas les uns des autres, comme des individus libres. Le droit ce n'est pas simplement une échelle universelle et une mesure d'égalité, mais c'est l'échelle et la mesure de la liberté des individus. Le droit, en tant que forme de rapports libres et égaux entre les personnels est la mathématique de la liberté de l'homme. Les individus libres représentent la "matière" du droit, son essence, ils sont les agents porteurs du droit. Là où on nie la libre individualité, la personnalité, la valeur juridique de personne physique, il n'y a aucun droit (ni de principe juridique d'égalité formelle). On n'y verra pas non plus de sujets juridiques (personnes morales) individuels et extra-individuels (de groupes, de collectivités, institutionnels), de vrais rapports de droit entre eux, etc. Ceci est confirmé non seulement par l'histoire universelle du droit et de la pensée juridique mais surtout, et d'une façon très convaincante, par l'histoire du socialisme doctrinal et réel.

Le sujet du rapport entre le socialisme doctrinal (au fond marxiste) et réel, l'idée socialiste et la pratique socialiste, sujet largement discuté à l'heure actuelle, a une grande importance pour comprendre vers quels société, droit et État on avance ou l'on peut avancer.

Le principe d'historicité et la logique scientifique exigent qu'on cherche à comprendre la réalité historique de la pratique du socialisme (du socialisme réel) dans sa nécessité, et non comme un facteur occasionnel, comme une erreur théorique ou pratique ou bien un complot réussi, comme un arbitraire subjectif, ou, enfin, comme résultat de la crédulité humaine, etc. Rester fidèle au point de vue qui est basé sur des hasards et circonstances accessoires signifie se livrer à des nouvelles éventualités et improvisations, de nouveaux projets et programmes fortuits. On ne peut trouver une voie voulue (objectivement et historiquement préparée et réellement possible pour une société donnée) menant à la liberté et au droit qu'après avoir compris le sens de la non liberté et de l'absence de droits qui se sont formés sous le socialisme réel.

Le fait fondamental de la valeur historique et universelle consiste en ce que, compte tenu des critères les plus essentiels (sociaux, économiques, juridiques, politiques, moraux etc.), le socialisme, qui nous est connu d'après l'expérience pratique du XXème siècle (socialisme du "modèle soviétique", socialisme d'inspiration marxiste-léniniste), est en effet, pratiquement et logiquement, le seul possible en tant que prolétaire et non bourgeois (opposé au capitalisme et à toutes les sociétés à propriété privée et les niant radicalement) et, de ce fait, il est le plus vrai, le plus authentique. Le socialisme réel (malgré tous ses inconvénients et vices) a une place et un rôle dans l'évolution historico-sociale.

Le trait distinctif du socialisme réel (dans son expression doctrinale ainsi que dans sa pratique) réside dans son attitude envers la propriété privée, la négation de ce droit (révolutionnaire, imposée par la force), et la confir-

mation de la propriété publique des moyens de production. L'unité de départ du marxiste et du socialisme réel est marquée par ce problème clé qui détermine en effet d'autres aspects des points de principe communs de la doctrine et de la pratique. Le socialisme réel représente en son entier une expérience adéquate historique de la réalisation de la doctrine marxiste, y compris dans la société, dans l'État et le droit. Aujourd'hui, il est impossible de comprendre l'un sans l'autre.

L'essence du socialisme consiste en ce qu'il renonce à la propriété privée (à toute propriété individualisée) des moyens de production et confirme la propriété socialiste c'est-à-dire la propriété de toute la société, de l'ensemble du peuple, d'une "entité", à l'exclusion de la propriété individuelle. Les traits caractéristiques de la propriété socialiste (tels que l'aliénation, le caractère anti-individuel et impersonnel, l'étatisation et l'idéologisation, etc.) ne sont pas le résultat de "déformations" du socialisme ou bien d'absence de socialisme "authentique" comme plusieurs le pensent. Lesdits traits doivent leur naissance au caractère anti-privé ou, plus précisément, au caractère public (étatique) de la propriété socialiste, condition par ailleurs nécessaire. La propriété socialiste aussi bien que le socialisme proprement dit ne peuvent donc pas être quelque chose d'autre. Une "entité" ne peut être représentée que par une organisation universelle d'un pouvoir politique, d'où cette inéluctabilité de l'étatisation : une forme d'expression étatique de la propriété socialiste. Qui plus est, l'État sous le socialisme n'a pas et ne peut avoir aucune propriété à lui seul, propriété isolée de celle de la société, de la propriété d'une entité donnée. Autrement ce serait un capitalisme d'État (et non le socialisme), où l'État deviendrait propriétaire de tous les moyens de production. Et nous autres, nous sommes sous le socialisme, et non sous le capitalisme d'État.

L'inégalité économique repose sur une inégalité de production. Et c'est la propriété privée qui exprime ces rapports. La doctrine marxiste supposait l'élimination de l'inégalité économique du capitalisme en vue de créer la propriété socialiste qui devait signifier la progression vers le communisme. Mais la réalité historique n'a pas confirmé cette hypothèse. Entre autres, le socialisme, en tant que régime transitoire, occupe, en effet, une position intermédiaire dans sa marche historique de l'inégalité vers l'égalité. C'est que l'absence d'inégalité économique comme principe du socialisme ne signifie que la négation de l'inégalité économique précédente, et nullement la confirmation d'une égalité quelconque d'un type nouveau. Il s'est donc créé quelque chose d'étranger, une situation bizarre de "la présence de l'absence".

Bien sûr, le renoncement à l'inégalité représente un facteur nécessaire pour passer à une nouvelle égalité, mais ledit facteur est encore négatif. Il doit être obligatoirement suivi d'un facteur positif qui consiste en l'obtention et en la confirmation d'une nouvelle égalité, autrement dit d'une base initiale absolument nécessaire pour un droit nouveau.

Ainsi, sous le socialisme, on rejette l'inégalité antérieure (économique) et on constate à la fois l'absence de l'égalité

Le caractère négatif du principe du socialisme s'explique finalement par ce fait que la propriété socialiste (c'est-à-dire l'infrastructure de tout le socialisme) n'est autre chose qu'une négation successive et globale de la propriété privée des moyens de production. Ce principe négatif exclut la possibilité de l'égalité en droits, et du droit proprement dit dans son ensemble.

Ledit caractère négatif du principe de socialisme et, par conséquent, l'absence, sous le socialisme, de base pour l'égalité en droits expliquent, en fin de compte, les difficultés sans précédent que connaît le processus de naissance et d'affermissement du socialisme. Le socialisme illustre une dialectique pénible du progrès historique : la société humaine, ayant surmonté au prix d'énormes victimes l'inégalité économique antérieure est devenue prisonnière de ses propres conquêtes (c'est-à-dire de la négation de l'inégalité économique), et fait du sur place à un stade négatif du progrès historico-social.

L'avenir du socialisme est fonction, d'une manière ou d'une autre, de la réponse à la question de savoir vers où et comment peut-on progresser depuis le principe socialiste d'absence de l'inégalité économique.

Découvrir les potentialités du socialisme signifie transformer ses conquêtes de la négation (absence de l'inégalité économique) en la confirmation (présence de l'égalité). Ladite négation rejette un homme isolé en tant qu'individu indépendant et libre, en tant que sujet juridique et sujet de la propriété. C'est bien là l'essence de la version du totalitarisme qui s'est créée chez nous. La validation de l'égalité exige la mise en liberté et la renaissance de l'individu. Cela étant, il ne faut pas oublier que la progression vers l'égalité nous conduit au droit, puisque le principe d'égalité constitue le principe fondamental de tout droit.

La socialisation de la propriété, selon le marxisme, fût appelée à assurer la transition depuis l'égalité juridique formelle à la soi-disant égalité réelle. Mais cette voie historique qui est caractérisée par le fait qu'elle nie l'égalité formelle (juridique) et le droit dans son ensemble, ne put nous amener à l'égalité économique. De par sa nature, le socialisme ne signifie que l'absence de l'inégalité économique d'où prend son origine cet égalitarisme de consommation. Du point de vue du principe socialiste d'absence de l'inégalité économique, tout droit est un droit bourgeois, et ce n'est qu'une expression du principe bourgeois de l'égalité formelle (juridique). En conséquence, il faut relever un trait très significatif : lorsqu'il s'agissait du socialisme dans les ouvrages de Marx, Engels et Lénine, on n'y parlait pas du droit socialiste, mais justement du "droit égal" bourgeois (et même sous l'optique de sa disparition).

Il est évident que l'absence de l'inégalité économique en elle-même ne peut être objectivement considérée comme l'égalité formelle, car cette dernière suppose obligatoirement l'inégalité économique des individus, inégalité relative au droit de propriété des moyens de production. Donc, là où les individus sont privés de ce droit, il ne peut s'agir de l'égalité formelle.

Au total, les succès et les inconvénients du socialisme sont dûs à la propriété socialiste qui, à la fois, rejette la propriété privée (et toute propriété individualisée) et représente une forme de la propriété publique (n'appartenant à personne, etc.). Ainsi, elle nie l'inégalité économique aussi bien que l'égalité en droits.

Ce caractère négatif de la propriété socialiste démontre le caractère transitoire du socialisme en tant qu'étape dans l'évolution historique, étape qui rejette radicalement le passé (le capitalisme avec sa propriété privée et son égalité en droits) et crée objectivement des prémices nécessaires pour un régime futur nouveau (le postsocialisme). En tant que propriété collective, la propriété socialiste exclut toute prétention (et tout privilège) de qui que ce soit à l'appropriation et à l'individualisation des moyens de production

socialisés. Mais puisque personne ne possède aucun privilège quant à la propriété socialisée, cette dernière (dans la perspective de l'évolution du socialisme au postsocialisme) renferme dans son sein une possibilité objective de transformation de la propriété supra-individuelle, collective (de l'ensemble de la société) en une propriété individualisée, égale, de chaque individu isolé (de chaque membre de la société, de tous les citoyens). Aucun autre type de propriété, outre la version socialiste, n'admet de pareilles transformations et individualisation universelle (pour tous les citoyens sans exception aucune) de la propriété, en vertu du principe de l'égalité en droits.

L'histoire de la propriété socialiste (et du socialisme qu'elle détermine quant à ses caractéristiques infrastructurales et superstructurales) démontre qu'elle peut paraître et s'affermir seulement par voie extraéconomique et extrajuridique, tandis que pour que la société fonctionne normalement et effectivement il nous faut tout à fait le contraire : des formes juridiques et économiques, c'est-à-dire l'individualisation et la personnification de la propriété déjà socialisée, sa "desétatisation", sa désocialisation. Telle est la principale contradiction interne de la propriété socialiste et du socialisme. D'autre part, la propriété socialiste (en tant que base et principal bilan du socialisme réel) renferme des potentialités permettant de résoudre ladite contradiction par voie de transformation de la propriété socialiste en une propriété individuelle égale pour chaque citoyen. Une telle propriété civile égale deviendra une infrastructure de départ d'un nouveau régime (postsocialisme) préparé objectivement par le socialisme, et le dépassant comme une étape transitoire.

La perspective du postsocialisme en tant qu'avenir du socialisme réel, avenir objectivement possible et historiquement nécessaire, n'a pu se dessiner nettement que dans le contexte de la crise contemporaine du socialisme et des impératifs de notre temps, nous incitant à nous engager dans la voie d'une économie efficace, de marché, d'ordre juridique ; de la liberté des individus, de la société civile et de l'État de droit. Auparavant cette transition fut empêchée par des notions politico-idéologiques doctrinales fondées sur un avenir communiste du socialisme, des illusions historiques sur la possibilité d'existence d'un "autre" socialisme, "perfectionné".

La thèse doctrinale du marxisme-léninisme portant sur "le droit égal" bourgeois sous le socialisme (jusqu'à la disparition définitive de l'État et du droit sous le communisme total) comporte toute une série de facteurs substantiels. Primo on sous-entend ici que le droit bourgeois (avec son principe d'égalité formelle universelle) représente le dernier type historique du droit, le plus développé, après lequel tout autre droit devient impossible (postbourgeois, prolétaire, socialiste). Les formes extra-économiques et extra-juridiques de création et de fonctionnement de la propriété socialiste et du socialisme dans son entier ont, au fond, confirmé cet aspect du pronostic doctrinal. Secundo, l'ensemble de cette thèse vise la transition du droit au non-droit, de l'égalité formelle (juridique) à la soi-disant égalité réelle, d'abord par rapport aux moyens de production spécialisés (dans ces conditions, à la première phase du communisme, le "droit égal" bourgeois doit, comme le dit la doctrine, régulariser la répartition des objets de consommation "selon le travail accompli") et puis par rapport aux objets de consommation (la disparition définitive du droit marquant la transition vers "l'égalité réelle" totale conformément au principe "selon les besoins"). Il n'est pas moins vrai que

l'expérience du socialisme réel a démontré que les formes de régulation extra-économiques et extra-juridiques se sont pratiquement affermies d'une manière identique dans la sphère de production ainsi que dans les rapports de distribution. Ainsi le "droit égal" bourgeois présumé aussi bien que l'ensemble de la progression vers "l'égalité réelle" se sont effectivement présentés sous des formes non-juridiques, sous la forme de la dictature du prolétariat, sous l'aspect d'un système d'administration impératif, etc. (on y voit aussi des tendances égalitaristes, cet antipode du droit et de l'égalité juridique).

Diverses interprétations, à partir des prises de positions de classe, du système normatif non-juridique du socialisme en tant que droit prolétaire nouveau ou droit socialiste (concepts de Stoutchka, Pachtchoukanis, Reisner, Razoumovski, etc. dans les années 20 et dans la première moitié des années 30) ; la façon d'aborder les choses de Vychinski et autres dans les années 30 et les années suivantes ; plusieurs autres concepts y compris les plus récents quant à la façon de comprendre le droit) visent à mettre en concordance la doctrine et les réalités du socialisme. Mais en réalité, ces approches divergent sur plusieurs thèses de la doctrine et sur la réalité socialiste. Tous ces concepts témoignent de l'existence d'un nouveau droit (postbourgeois, soviétique, socialiste).

Quant au droit bourgeois admis dans certaines limites à l'époque de la Nouvelle Politique Économique (N.E.P.) (avec l'autorisation limitée de la propriété privée et du capital privé), ce fut justement le vrai droit bourgeois (bien que réduit, fragmentaire, contrôlé, provisoire) et non "le droit égal" bourgeois de la doctrine marxiste et, en tout cas, nullement le droit prolétaire ou socialiste. C'est pourquoi l'antagonisme entre les modes socialistes et non socialistes et les tendances historiques réelles du développement vers la socialisation universelle en milieu rural et urbain préjugea du sort de ce droit, et de la N.E.P. dans son ensemble.

Toute la marche historique à partir du "communisme de guerre" à la N.E.P. et, enfin, au système d'administration impérative ne représente pas seulement l'aspect extérieur de la logique objective d'affermissement de la domination du principe socialiste d'absence de l'inégalité économique. C'est à la fois une preuve pratique convaincante de l'absence -même en cas de pluralité de modes économiques- de voie menant du socialisme au capitalisme.

Le socialisme réel (comme absence de l'inégalité économique et de l'égalité juridique) qui s'est formé dans quelques pays offre deux voies tout à fait différentes qui peuvent nous mener à la propriété réelle (concrétisée et personnalisée d'une manière ou d'une autre) et au droit.

La première voie réside dans la privatisation de la propriété socialiste : à mesure qu'on accepte la propriété privée et le recul du socialisme au capitalisme, un droit bourgeois fait son apparition. Le développement de l'inégalité économique de la propriété privée sera accompagné sur cette voie par la reconnaissance de l'égalité formelle (juridique), des principes, des institutions et des normes du droit bourgeois.

La seconde voie consiste dans l'individualisation gratuite et universelle de toute la propriété socialiste, en conformité avec le principe du droit égal de tous, c'est-à-dire du droit égal de tous les citoyens à la même part de la propriété désocialisée et "désétatisée". Une telle individualisation égale et totale de la propriété socialiste disponible signifie qu'on passe du socialisme

au postsocialisme avec approbation de la propriété civile postsocialiste (en tant que base de départ du nouveau régime), et du droit postsocialiste.

Contrairement à la *privatisation* (transition à la propriété privée et au droit bourgeois) la transformation de la propriété socialiste en propriété civile égale pour tous peut être nommée civiliste (du latin *civis*, citoyen), tandis que le régime postsocialiste peut être nommé civilitaire. En conséquence, on peut dire avec certitude que le socialisme, en tant que période transitoire du capitalisme au civilisme, a objectivement préparé, et renferme potentiellement, toutes les conditions et les prémices pour le passage pacifique (par voie de réformes et transformations économiques et juridiques) à une nouvelle étape de la civilisation humaine où l'égalité formelle (juridique) universelle est complétée par un facteur principalement nouveau : l'égalité économique de tous les citoyens (propriété civile égale) à l'égard de tous les objets ayant trait aux moyens de production auparavant socialisés.

La privatisation ainsi que la transition à la propriété civile égale signifie désocialisation et individualisation de la propriété socialiste de tous. Il n'est pas moins vrai que dans la privatisation, la désocialisation et l'individualisation se font en faveur seulement d'une partie de la société de sorte que des sujets isolés deviendront de vrais possesseurs (certains individus, groupes, collectivités de travail, etc.) de la propriété, le volume de cette détention n'étant pas le même.

À la suite de la privatisation de la propriété socialistes les uns recevront plus, d'autres moins ; il y en aura même qui ne recevront rien, et ces derniers seront nombreux. Aucune assistance sociale ne pourra compenser la différence entre le propriétaire et l'indigent, ni les conséquences dues à cette répartition. Le caractère inévitable et à la fois injuste de tels bilans de désocialisation de la propriété sont manifestes.

Si l'on ne reconnaît pas la propriété civile égale de chaque membre de la société -en tant que premier pas indispensable et condition obligatoire pour la désocialisation de la propriété- alors toutes les autres formes, déjà connues ou en projet, de propriété personnelle, collective, etc. des moyens de production ne deviendront, dans ces conditions, autre chose que de la propriété privée. Le bail, des entreprises devenant propriété de collectivités de travailleurs, la coopération, les exploitations individuelles, l'économie paysanne, la production individuelle, etc., toute cette pluralité de modes économiques ne peut être mise sur une base juridique et économique voulue qu'après avoir préalablement reconnu la propriété civile égale. Ladite reconnaissance est une condition sine qua non pour parvenir à un accord public en vue de garantir le bon fonctionnement des formes économiques mentionnées puisque chacun va recevoir du passé ce qui lui revient de droit et équitablement lors de la transition vers de nouveaux rapports.

La pluralité des formes de la propriété privée comporte aussi diverses variantes de décentralisation de la propriété en fonction des spécificités territoriales, administratives, nationales et ethniques, car une propriété décentralisée n'est plus collective, mais apparaît comme celle d'un sujet nettement défini, isolé de cette entité collective.

La transformation de la propriété socialiste en propriété privée de telles ou telles personnes, de collectivités, de régions, etc., sera inévitablement accompagnée d'interminables disputes, de différends et de guerres ; tous

y seront entraînés. Voilà un exemple de "la guerre de tout le monde contre tous" de Hobbes !

La privatisation ne permet pas de réaliser la désétatisation totale de la propriété, qui nous conduirait à telle ou telle version de la N.E.P. modernisée. Mais, à partir de toute N.E.P. -si le pouvoir politique reste en possession d'une partie de la propriété socialiste non désétatisée et si l'on voit augmenter le mécontentement dû à la privatisation- l'évolution s'engagera, de façon très prévisible, dans la voie d'une nouvelle socialisation, voie que nous ne connaissons que trop bien. Étant donné que le retour du socialisme au capitalisme est socialement et historiquement bloqué, le cercle vicieux du "retour éternel" au socialisme (après des reculs vers diverses variantes de N.E.P.) ne peut être rompu que par un seul moyen possible : par la transition du socialisme (en se conformant à la logique de son propre développement, à son sens et au caractère de ses succès) au civilisme.

Il est vrai que l'antagonisme existant entre les propriétés socialiste et privée (et, en conséquence, entre les forces qui sont derrière elles) ne peut pas être éliminé simplement par des déclarations et décrets portant sur l'égalité devant la loi de toutes les formes de propriété et d'économie. La multitude des formes de propriété qui se crée à la suite de la privatisation est en effet une multitude de *types* de propriété, une pluralité de modes économiques, d'où l'imminence de la lutte contre ces derniers d'après le principe bien connu "qui l'emportera ?" datant de l'époque de la N.E.P. des années 20.

Il est aussi vrai que la tentative actuelle de répétition de la N.E.P. en recourant aujourd'hui à la privatisation se passe dans des conditions tout à fait nouvelles où l'ampleur, les potentialités et les perspectives de divers types de propriété s'avèrent beaucoup plus grandes. Plusieurs partisans de cette orientation (de la privatisation et de l'affermissement sur cette base de l'économie de marché universelle) la considèrent comme une "erreur historique", qui signifie le retour du socialisme au capitalisme. Mais la néo-N.E.P. n'est pas la solution du problème : aussi bien que la N.E.P. que l'histoire nous a fait jadis connaître, elle ne peut être qu'un phénomène imposé et provisoire. Miser sur le retour du socialisme au capitalisme n'a pas de raison d'être, car cela signifie ignorer le sens et les bilans sociaux et historiques du socialisme consistant à éliminer la propriété privée et à surmonter l'inégalité économique due à cette dernière, à préparer les prémices objectives en vue de l'affermissement de l'égalité économique (de la propriété civile). Et cela est justement le principal problème autour duquel tourne toute l'histoire universelle.

Les versions de privatisation et de désétatisation, adoptées et en cours, de la propriété socialiste, l'envisagent en tant que propriété de l'État lui-même, et non pas de la société, de l'ensemble du peuple. Au contraire, l'État n'est que le représentant de la société, du peuple, et non pas le sujet de propriété, dans le sens juridique et économique du mot. C'est pourquoi l'État n'a aucun droit de transformer, en recourant à la privatisation, la propriété socialiste de tous en propriété privée de certains individus, groupes, etc. Il s'en suit que l'encadrement législatif de la privatisation ne veut pas dire que cette dernière soit conforme aux lois et équitable. De pareilles lois sur la privatisation de la propriété socialiste de tous en faveur de certains ne sont, en réalité, rien moins que juridiques. Personne n'a renoncé (ni en faveur de l'État ni d'autres personnes) à ses droits à l'égard de la propriété socialiste, n'est-ce

pas ? Même si un tel renoncement avait existé, il aurait été frappé de nullité dans ce cas-là.

La transformation de la propriété socialiste en propriété civile signifie la reconnaissance juridique du droit subjectif, déjà réellement acquis, de chaque citoyen à l'égard de sa part égale par rapport à toute la propriété désocialisée, et non simplement de la capacité de jouissance formelle, non seulement du droit formel d'être (ou de ne pas être) propriétaire des moyens de production, comme c'est le cas lorsqu'il s'agit de la privatisation de la propriété socialiste. Seule la reconnaissance préalable dudit droit subjectif, déjà acquis par chacun, à sa part égale quant à la propriété auparavant socialisée ouvre la voie du socialisme à l'individualisation de la propriété et, simultanément, au droit ; à un type de propriété individuelle qui ne signifie pas le retour à la propriété privée ; à un droit qui ne se réduit pas au droit bourgeois, car ce nouveau droit, outre l'ensemble de capacités de jouissances formelles propre au droit bourgeois, comporte encore le droit subjectif déjà acquis et inaliénable de chacun à sa part égale de propriété civile. Ce droit subjectif réel à une part égale de la propriété, reconnu à chacun, représente une transformation juridique de tout le socialisme antérieur (une forme juridique de transformation des bilans du socialisme dans l'intérêt de chaque citoyen s'exprimant par un minimum de propriété permanent dont la valeur est la même pour tout le monde).

Étant donné que selon le concept de la propriété civile chacun devient propriétaire, et non seulement quelques-uns, il ne s'agit donc pas de la propriété privée, mais de la propriété individuelle égale. D'autre part, cela ne constitue pas un danger d'égalitarisme (car l'égalitarisme a en vue seulement une égalité de consommation) ; ici, il s'agit déjà du principe de la nouvelle égalité juridique. Et ce n'est justement que sur la base de cette dernière que le droit postsocialiste est possible. Il nous est impossible de revenir du socialisme à l'égalité juridique formelle bourgeoise avec son inégalité économique respective due à la propriété privée. Nous ne pouvons avancer que vers un type de droit selon lequel tous les individus sont égaux, non seulement en tant que personnes libres, pourvues d'une possibilité abstraite de posséder (ou bien de ne pas posséder) une propriété, mais comme des vrais propriétaires qui ont déjà acquis réellement ce droit de propriété inaliénable des moyens de production. C'est justement ce facteur-là d'égalité économique qui ouvre la voie vers l'égalité formelle.

Malgré son caractère historico-social nouveau, et malgré sa spécificité, la propriété civile va fonctionner comme la propriété individuelle la plus vraie. On peut la comparer avec une part individuelle égale que chaque citoyen verse dans la propriété commune de tous les moyens de production du pays.

Contrairement à la propriété publique socialiste de tous, la copropriété indivise est une structure juridique qu'on utilise traditionnellement en vue de réunir des biens des propriétaires indépendants isolés avec réserve du droit de chacun à sa part de la propriété commune. Par exemple, la propriété de plusieurs personnes portant sur un immeuble ou bien celle d'une entreprise par actions sont composées des propriétés individuelles de personnes isolées, lesquelles jouissent de la réserve du droit à toucher, dans le cadre de la propriété commune, leur part de toutes les recettes.

La présence dans le droit de ladite construction juridique spéciale, qu'est la propriété commune de divers propriétaires individuels, est un argument fort en faveur de la mise en pratique du concept de la propriété civile égale. La transformation de la propriété commune de tous en construction juridique de propriété commune des propriétaires de la protection civile égale peut signifier ce qui suit : chaque citoyen jouira du droit à sa part de propriété égale (indivise) par rapport à tous les objets de la propriété commune (d'après la terminologie juridique cette part égale se nomme quote-part *indivise*, puisqu'on ne la retire pas naturellement de la masse des objets de la propriété commune) et du droit à l'obtention d'une part égale (réelle) d'argent en provenance de tout le montant des recettes obtenues payé aux propriétaires pour tous les modes d'utilisation des objets de la propriété commune (dans le langage juridique cette quote-part est dite *réelle* car on la retire de la masse des objets de la propriété commune).

Chaque citoyen devient, conformément au concept donné, propriétaire-actionnaire pleinement habilité, détenteur d'une action individuelle ayant le droit à sa part égale des biens et des revenus respectifs en provenance de la copropriété de tous les citoyens. Cela étant, les biens en question sont indivis et restent en leur état d'intégrité naturelle dans l'économie nationale.

L'institution de la propriété civile signifie que la jouissance de tous les objets de la propriété commune des citoyens devient payante. La répartition périodique (mensuelle, trimestrielle, semestrielle, annuelle, etc.) des revenus entre les citoyens peut se faire, par exemple, par l'intermédiaire d'un Fond financier central de la propriété commune ou bien par un autre moyen. Ce qu'il y a de particulier ici, c'est que tous les citoyens-copropriétaires vont percevoir leurs revenus qui seront régulièrement déposés au compte personnel spécial de chacun, tandis que l'État ne recevra dans son budget que des impôts provenant de toutes les recettes des contribuables.

En se fondant sur la propriété civile égale, en tant que base de départ fonctionnant d'une façon permanente, on admet et encourage toutes les formes de propriété personnelle et collective, d'activité économique, de production de marchandises et de rapports de marché. En agissant ainsi, on supprimera toutes les restrictions qui gênent la multiplication de la propriété et l'augmentation de revenus au-delà du minimum formant la propriété civile de chacun. Cela étant, les personnes isolées, outre le minimum de propriété civile commun pour tout le monde, peuvent acquérir en principe tous les moyens de production. Une partie fixée de certains objets (y compris la terre, ses richesses minières, les ressources en eau, forestières, l'espace aérien, etc.), nécessaire et suffisante pour garantir le fonctionnement stable et efficace du concept de la propriété civile, doit être indivise au sein de la copropriété des citoyens ; on ne peut la proposer que pour l'usage (bail, etc.).

La multiplication de la propriété d'individus isolés au-delà du minimum commun, dans les cas où elle se fait par achat ou par utilisation onéreuse de tels ou tels objets de la propriété commune, sera à la fois accompagnée d'une augmentation respective de la valeur du minimum de la propriété civile de chacun. Grâce à tous ces facteurs, les différences pécuniaires, dans le respect d'un minimum permanent de la propriété civile, vont différer qualitativement de l'inégalité existant entre le propriétaire et l'indigent dans les systèmes sociaux où domine la propriété privée.

L'ensemble du concept de la propriété civile permettra de réaliser les potentialités de la propriété socialiste et d'utiliser les avantages de la propriété privée (individualisation de la propriété des moyens de production, développement des rapports marchands et monétaires, marché, absence de restrictions gênant la multiplication de la richesse personnelle, etc.) en surmontant leurs inconvénients.

Ainsi, le postsocialisme (civilisme) apparaît vraiment comme une suite logique du socialisme, suite dialectique qui permet de le dépasser et qui suppose la solution des contradictions du socialisme, la conservation et le développement de ses succès historiques et sociaux. La dialectique du progrès historique de l'égalité se présente ainsi :

1 - égalité juridique formelle des individus et inégalité économique de la propriété privée sous le *capitalisme* ;

2 - *période transitoire socialiste* caractérisée par la renonciation à l'inégalité économique, la consécration de l'égalité juridique formelle des individus, la création sur ces bases de la propriété socialiste de tous ;

3 - *postsocialisme* : égalité économique nouvelle (dans les limites de la propriété civile égale) et égalité juridique de tous les individus (en forme d'égalité juridique formelle, plus le droit, déjà acquis, subjectif, inaliénable de chacun à la propriété civile égale) les diversités économiques étant admises (au-delà des limites de la propriété civile en tant que minimum commun). Tels sont la logique, le sens et les moyens de la transition du socialisme au postsocialisme (civilisme) qui se présente comme une nouvelle voie historique qui mène à l'individualisation de la propriété, au droit, au marché, à la société civile et à l'État de droit.



# LE DROIT COMME MATHÉMATIQUES DE LA LIBERTÉ

Par

V.S. NERSESIANTS

*Docteur en droit, Professeur, Chef de section à l'Institut de l'État et du Droit  
de l'Académie des sciences de l'U.R.S.S. (IGPAN)*

Le droit représente une forme bien déterminée des rapports sociaux. Le caractère spécifique de l'approche juridique (et du droit dans son ensemble) consiste en ce que diverses personnes sont pratiquement considérées par la réglementation juridique (dans le cadre d'une forme juridique donnée pour un cas juridique concret) comme des individus libres, égaux, indépendants les uns des autres, sujets juridiques (en tant que personnalités juridiques abstraites, "personnes morales") dont les rapports sont réglementés, "pesés", "mesurés" et jugés, étant mis sur l'unique "Balance de la Justice" en partant d'une échelle universelle, d'une mesure égale, la même pour tout le monde.

Le droit est une *forme* de relations humaines et donc l'égalité, l'universalité, l'indépendance, la liberté des individus, représentées et exprimées par le droit, ont un caractère *formel*. Cette formalité n'est pas une caractéristique fortuite, mais une propriété intérieurement nécessaire de n'importe quel droit. Ici la forme n'est pas seulement une enveloppe extérieure. Elle a du fond et exprime, par un seul moyen possible et d'une façon mathématiquement précise et adéquate, l'essence des rapports embrassés (réglementés) : le degré de la liberté des individus d'après une échelle unifiée. C'est pourquoi le droit constitue non seulement une échelle universelle et une mesure égale, mais une mesure universelle et un degré égal de liberté des individus. En appliquant cette échelle universelle et cette mesure égale, le droit évalue, "dose" et réglemente notamment la liberté dans les relations entre les hommes, la liberté de l'individu. Des autorisations et interdictions représentent justement une structure normative et une régularisation de la liberté dans l'être social des hommes, des limites de liberté acquise, des frontières entre la liberté et la non-liberté à un stade précis du progrès historique.

Jusqu'à présent l'humanité n'a pas réussi à inventer d'autres formes d'être et d'expression de la liberté dans la vie sociale des hommes que celle du droit. D'ailleurs ceci est impossible logiquement ainsi que pratiquement. De même qu'il est impossible d'avoir une autre arithmétique où deux fois deux ne feraient pas quatre, mais cinq ou quelque chose de ce genre.

La liberté non juridique, la liberté sans échelle universelle et mesure unifiée, bref, la liberté sans égalité est un arbitraire (en forme de privilèges, d'oppression, de répressions, etc.), autrement dit c'est bien le contraire de la liberté, sa négation.

Tous les mouvements de la volonté humaine (et c'est bien la volonté qui constitue le mobile de toute action de l'homme, volonté libre ou arbitraire) se matérialisent comme une liberté (en forme juridique), ou bien un arbitraire (en forme de telle ou telle manifestation). Il n'y a pas de troisième voie : le non droit (la non liberté) c'est toujours de l'arbitraire.

D'où cette multitude de visages de l'arbitraire dont les manifestations vont des plus "douces" jusqu'aux plus cruelles tyranniques et totalitaires. C'est que le droit (et la forme juridique de la liberté) a un principe spécifique intérieur qui n'est propre qu'à lui seul, à savoir le principe d'égalité formelle. Quant à l'arbitraire, il n'a pas de principe ou, plutôt, ce dernier consiste en l'absence de principe juridique, car l'arbitraire y renonce, le viole et, manifestement, l'ignore. La liberté sans droit veut dire arbitraire, tyrannie, violence.

L'importance fondamentale de la liberté pour l'être de l'homme dans son ensemble exprime aussi le lieu et le rôle du droit dans la vie sociale des hommes. Le processus de libération des gens de diverses formes de dépendance personnelle, d'oppression et de répression, que nous voyons évoluer au cours de l'histoire, témoigne aussi du progrès juridique, progrès dans les formes juridiques d'expression, d'existence et de protection de cette liberté qui est en cours de développement. En raisonnant ainsi nous pouvons dire, de concert avec Hegel, que l'histoire universelle représente une progression vers une liberté toujours plus grande d'un nombre toujours croissant de gens. Sous l'optique juridique ce processus signifie que le nombre toujours plus grand d'individus (représentants de diverses couches et classes de la société) sont reconnus formellement comme sujets juridiques égaux.

Ainsi, le développement historique de la liberté et du droit dans les relations humaines se présente comme le progrès dans le domaine de l'égalité des hommes en qualité d'individus formellement (juridiquement) libres. Les masses initialement dépendantes se voient peu à peu, par le truchement du mécanisme du droit (de l'égalité formelle/juridique) transformées en individus libres au fur et à mesure du développement historique.

La vie réelle abonde en différences, et cela concerne la nature aussi bien que la société. Deux choses absolument identiques n'existent pas dans le monde, on n'y trouvera pas non plus deux hommes identiques, et cela a été remarqué depuis longtemps. En développant dans ce sens notre idée on peut dire que l'égalité est une forme déterminée d'abstraction, c'est-à-dire le résultat dû au fait de faire abstraction des différences inhérentes aux phénomènes qu'on cherche à égaliser. Là où l'égalisation a lieu (dans le droit ou dans les mathématiques où la composition et la solution des équations jouent le rôle clef) on suppose, en conséquence, que les objets qu'on cherche à égaliser diffèrent et que ces différences sont peu importantes (donc il est possible et nécessaire de faire abstraction de ces différences) du point de vue d'une forme respective (juridique ou mathématique) de la détermination et des caractéristiques desdits objets.

L'égalité mathématique est réduite à une abstraction absolue des définitions quantitatives. Elle est intégralement dépourvue de différences qualitatives et substantielles. L'égalité dans le droit n'est pas si abstraite, elle renferme un moment, toujours présent, qualitatif très important pour la sphère sociale : la liberté de l'individu dans les rapports sociaux. L'égalité juridique représente l'égalité des sujets, l'égalité des gens justement en qualité d'individus libres. Du point de vue juridique, seulement des gens libres peuvent être égaux et cette égalité signifie qu'on les reconnaît comme sujets juridiques en partant d'une norme égale pour tous, norme qui régularise un rapport donné. Mais là où les gens sont divisés en libres et non libres (esclaves), ces derniers ne se rapportent pas aux sujets mais aux objets de droit et le principe d'égalité juridique ne les concerne pas.

L'égalité juridique, c'est une égalité des hommes libres, c'est une égalité dans la liberté, c'est une échelle universelle et une mesure égale de la liberté. C'est justement cette égalité qui détermine le langage et les moyens du droit. Dans ce sens le droit se présente comme les mathématiques de la liberté.

L'histoire du droit est l'histoire de l'évolution du contenu (de l'échelle et de la mesure) de l'égalité formelle (juridique) ; son principe fondamental, en tant que principe de n'importe quel droit, du droit en général, étant toujours conservé. Diverses étapes du développement historique de la liberté et du droit dans les relations humaines connaissent leurs propres échelles et mesures de liberté, leur propre milieu de sujets et de rapports de liberté et de droit, plus brièvement, chacune de ces étapes connaît son propre contenu du principe d'égalité formelle (juridique). Donc le principe d'égalité formelle représente un principe qui est inhérent au droit et dont le contenu historique varie constamment.

Dans son ensemble, l'évolution historique du contenu, du volume, du domaine de fonctionnement du principe d'égalité formelle ne réfute pas l'importance dudit principe (et du système de normes qui le rend plus concret) mais le renforce en qualité d'un trait distinctif du droit par rapport à d'autres moyens de régularisation sociale (morale, religion, etc.). Compte tenu de tout ce qui est dit plus haut, on peut dire que le droit est une forme normative d'expression du principe d'égalité formelle des personnes quant à leurs rapports sociaux.

Reconnaître divers individus en tant que personnes formellement égales signifie reconnaître leur capacité juridique égale, reconnaître leur possibilité d'acquérir tels ou tels droits sur tels ou tels biens, objets concrets, etc. Mais cela ne veut aucunement dire égalité en droits concrets déjà acquis sur des choses et biens individuels concrets, etc. Le droit formel n'est qu'une capacité, une possibilité libre abstraite d'acquérir, en se conformant à une échelle universelle et à une mesure égale de réglementation juridique, son propre droit individuel sur un objet donné. En cas d'égalité formelle et de capacité égale de divers individus, leurs droits réellement acquis (en fonction de différences existant entre les hommes, entre leurs possibilités, conditions et circonstances de leur vie) seront aussi différents, inégaux : les différences de vie estimées à l'aide d'une même échelle et d'une mesure juridique égale fournissent en fin de compte des différences en droits acquis par des personnes concrètes (en droits subjectifs). Cette différence des droits acquis par divers individus témoigne d'un respect du principe d'égalité formelle (juridique)

desdites personnes, de leur capacité égale et nullement de son infraction. La différence des droits acquis ne porte pas atteinte au principe d'égalité formelle (juridique) et ne l'abroge pas non plus.

À titre d'exemple, on va faire trois comparaisons. Supposons que dans le premier cas (précapitaliste) le droit d'achat d'un lopin de terre ou d'un atelier pour sa possession individuelle n'appartient qu'à certains ; dans le second cas (capitaliste) ce droit appartient à tous ; dans le troisième cas (socialiste) ce droit n'appartient à personne. Dans les deux premiers cas tous ceux qui sont investis du droit respectif sont formellement (juridiquement) égaux, ont la même capacité indépendamment du fait de savoir s'ils ont réellement acquis ou non le droit de propriété des objets mentionnés, s'ils sont effectivement devenus ou non propriétaires d'un lopin de terre quelconque ou bien d'un atelier concret. Avoir un droit (une capacité) d'acquérir ou de pouvoir faire quelque chose est une chose, une autre est de pouvoir réaliser cette possibilité abstraite juridique formelle et d'obtenir un droit réel sur un bien, c'est-à-dire d'être titulaire d'un droit subjectif acquis. Le droit pour diverses personnes, c'est seulement une voie formelle en vue d'obtenir des droits sur différentes choses, objets, biens et non pas la distribution en parties égales de toutes ces choses et de tous ces biens parmi tout le monde. De part sa nature recourir à la réglementation juridique des différences, conformément à une base unifiée et à une échelle universelle, c'est reconnaître l'égalité formelle (juridique) et la liberté de tous ceux qui sont concernés par une forme juridique donnée de rapports. Ainsi, dans le second cas, tous sont formellement égaux et libres, bien que les droits sur divers objets respectifs (moyens de production), réellement acquis par divers individus, ne soient pas les mêmes. Quant au premier cas (précapitaliste), le domaine respectif de liberté et d'égalité juridique ne concerne que certaines personnes, tandis que l'absence de ce droit (capacité) chez les autres signifie qu'on les reconnaît comme n'ayant pas le droit d'égalité formelle (juridique) et de liberté. Dans le premier cas, le droit proprement dit (égalité formelle, capacité, jouissance d'une forme juridique donnée, etc.) et la liberté aussi, représentent par rapport aux autres membres de la société, un privilège accordé à certains individus.

S'agissant du troisième cas (socialiste), on constate que, là, il n'est pas question de privilèges juridiques, comme dans le premier cas, ni de différences en droits sur des objets respectifs non plus, car personne n'a le droit de propriété individuelle de ces objets (ni une capacité, ni surtout un droit réellement acquis) en tant que moyens de production. L'absence chez un individu d'un droit quelconque est en même temps absence d'une liberté individuelle respective. Ainsi, dans le cas envisagé, le principe juridique d'égalité formelle et de liberté des individus manque intégralement, et la société (les masses, "tout le monde ensemble") n'est pas concrétisée, on ne la divise pas en individus-sujets juridiques. Ici les questions relatives à la propriété des moyens de production sont réglées par d'autres moyens (non juridiques), à savoir par des normes impératives imposées par le régime totalitaire, par le système d'administration injonctive.

L'égalité en tant que principe spécifique de réglementation juridique, d'ailleurs comme n'importe quel principe, a un caractère historico-social. Ceci conditionne la diversité de formes historiques concrètes dudit principe, formes qui se manifestent en différentes formations socio-économiques, à diverses

étapes du développement historique du droit, dans les changements intervenus quant à la place et au rôle du droit dans la vie de la société.

En même temps, le principe d'égalité juridique donné, quelles que soient la multitude et les différences de ces manifestations, a une importance universelle pour tous les types et formes historiques du droit et exprime un caractère particulier et un trait distinctif du mode juridique dans le domaine de réglementation des rapports sociaux. Partout où fonctionne le principe d'égalité formelle, on enregistre l'existence des principes généraux du droit et les modes juridiques de règlement. Là où le droit fonctionne, là existe le principe d'égalité. Par contre, là où ce principe manque, le droit en tant que tel est absent. Donc l'égalité formelle est la formule la plus abstraite du droit, commune pour n'importe quel droit et spécifique au droit en général.

Cela étant, il ne faut pas, bien entendu, confondre le droit (principe d'égalité juridique, formes juridiques, rapports juridiques, etc.) dont il s'agit dans ce rapport (d'ailleurs aussi lorsqu'on est en train de discuter l'ensemble de problèmes ayant trait au droit et au socialisme) avec divers actes qui sont généralement reconnus comme obligatoires -lois, décrets, arrêtés, résolutions, précédents, coutumes officiellement sanctionnées, etc.-, en un mot, avec le droit officiellement consacré (soi-disant droit positif). En cas d'identification d'un droit et d'une loi (et d'autres actes normatifs et obligatoires) le rapport du droit avec le socialisme se voit privé de sens juridique proprement dit, car l'approche légiste (du mot latin *lex* - loi) se substitue à l'approche juridique (du mot latin *jus* - droit), et les recherches législatives, aux recherches juridiques.

Les lois et les autres actes officiels obligatoires peuvent représenter une forme de reconnaissance autoritaire officielle, une forme de concrétisation normative et de protection du droit et d'autres impératifs (non juridiques), d'autorisation et d'interdictions. La loi (aussi bien que d'autres actes obligatoires) représente un phénomène juridique seulement comme une forme d'expression du droit. Grâce à telle loi, le principe d'égalité juridique (de concert avec l'universalité d'une mesure égale de la liberté) obtient une reconnaissance autoritaire étatique et une protection, bref, il entre en vigueur légitime. Une loi ne devient juridique que lorsqu'elle concrétise (c'est-à-dire représente une forme d'expression concrète) les propriétés du droit objectivement conditionnées. C'est justement cette loi juridique qui, ayant obtenu une forme officielle de sa reconnaissance, de son expression et de sa protection, constitue le droit (avec toutes ses propriétés objectivement nécessaires). Elle a force de loi.

Ainsi, les normes de la législation en vigueur (du "droit positif") sont en somme juridiques (d'après leur essence et notion) en proportion de la présence, de l'expression normative et du fonctionnement du principe d'égalité et de liberté formelles.

Le fonctionnement efficace et normal du droit proprement dit en tant qu'instrument de règlement et forme des rapports sociaux est impossible dans les conditions d'une société ayant une organisation étatique sans diversité de types de reconnaissance, d'expression et de protection officielles d'une forme juridique donnée, où manquent des formules claires, nettes et accessibles à tous des exigences du principe d'égalité juridique et de liberté formelle concrétisées en normes déterminées d'une loi obligatoire et en sanctions respectives en cas d'infraction. Cependant, il ne faut pas mélanger le

processus objectif de formation du droit (avec ses propriétés particulières inhérentes qui ne sont pas fonction du législateur) avec la procédure consciente et volitive concernant ses formulations en forme de tels ou tels actes et normes obligatoires. Ce n'est pas la coercition officielle qui crée le principe d'égalité formelle et d'autres propriétés objectives du droit. Bien au contraire, c'est le principe d'égalité formelle et lesdites propriétés objectives (grâce à leur importance universelle) qui font en sorte qu'on est contraint de reconnaître leur nécessité, réalisation et protection par des normes obligatoires.

Il n'est pas moins vrai que dans la pratique (passée ainsi que de nos jours) on reconnaît officiellement, et cela assez souvent, des normes non juridiques comme obligatoires en leur conférant la force de loi. C'est pourquoi une loi (et en général toutes les normes et sources officiellement reconnues du droit en vigueur) peut être conforme au droit (telle est une loi juridique) aussi bien qu'en désaccord avec ce dernier (erreurs éventuelles de législateurs et divers cas d'abus dans l'emploi des formes de lois d'une législation illégale, dérogoire). De là l'importance fondamentale de cet impératif double pour chaque État de droit : le droit (rien que le droit) doit devenir loi, et quant à ladite loi, elle doit être juridique.

L'équité d'une loi est étroitement liée à sa nature juridique. Donc ce n'est qu'une loi juridique qui peut être équitable. À ce propos, la justice proprement dite n'est juste que grâce à ce qu'elle contient en son sein une base juridique, à savoir le principe universel d'égalité. Tout ce qui est conforme au droit est équitable, et donc agir en bonne justice veut dire agir selon le droit, en se conformant à son échelle universelle et à ses mesures (normes) de liberté égales pour tout le monde. Étant une forme abstraite du droit, la justice incarne et exprime l'impératif du respect de l'égalité juridique dans des rapports sociaux respectifs. L'équité ne possède aucun autre principe de règlement que celui du droit. Au contraire, la négation du caractère juridique et du sens de la justice conduit à ce que l'on commence à ériger en principe d'équité des bases non juridiques : exigences d'égalitarisme ou de privilèges, intérêts, impératifs moraux, religieux, esthétiques, politiques, sociaux, nationaux, ethniques, économiques, de classes, de groupes, conceptions du monde, etc. Il s'en suit donc que des prétentions particulières représentant des intérêts partiels avec des contenus arbitraires, se substituent à l'importance juridique (c'est-à-dire universelle et égale pour tout le monde) de l'équité.

Une loi juridique ne peut pas, bien entendu, ne pas remarquer tous ses intérêts et prétentions réels lesquels doivent trouver en bon ordre (c'est-à-dire équitables) leur reconnaissance, satisfaction et protection. Et ceci n'est possible que grâce au fait que l'équité (l'ensemble du droit, l'approche juridique et le principe de règlement juridique) ne se confond pas avec toutes ces prétentions et ne constitue nullement une expression normative d'un de ces intérêts particuliers. Bien au contraire, l'équité en tant que base juridique universelle, se trouve au-dessus de ce particularisme et estime lesdits intérêts particuliers moyennant un critère juridique formel égal (en les pesant sur l'unique "Balance de la Justice" en partant d'une échelle universelle du droit) et donc équitable à un même degré pour tout le monde.

Il en découle que, par exemple, l'équité sociale signifie aussi équité juridique (c'est-à-dire approche juridique et respect des exigences du principe juridique d'égalité) dans les domaines et rapports respectifs de la vie sociale, et

nullement une équité non juridique quelconque, à part. Quant à son essence, l'équité, partout et toujours, n'est autre chose qu'une équité juridique. D'où l'on peut déduire que l'équité ne peut entrer en conflit qu'avec des lois violant le droit et non pas avec une loi juridique et le principe d'égalité juridique universel qui est d'ailleurs son propre principe.

Tout ce qui est dit plus haut rend clair qu'exiger la domination des lois et de la légitimité, quelle que soit leur importance, n'est pas chose suffisante pour le concept de domination du droit ou de l'État de droit, lesquels ont besoin de la domination surtout des lois et de la légitimité juridiques. Il faut non seulement que les noms mais aussi les contenus des lois et leur légitimité respective reflètent les principes juridiques et exigences généraux.

L'idée de l'égalité universelle entre les hommes date des époques les plus éloignées. Cependant, il a fallu plus de deux mille ans pour sa réalisation. Il est notoire que cette idée ait pris corps après les révolutions bourgeoises dans le cadre des régimes capitalistes par voie de reconnaissance de l'égalité formelle (juridique) et de la liberté de tous les membres de la société indépendamment de leurs situations patrimoniales et d'autres différences.

S'agissant de divers types historiques du droit (esclavagiste, féodal, bourgeois), il faut dire que le droit bourgeois est le plus développé et le plus progressiste, lui qui reconnaît tous les membres de la société, sans aucune exception, comme individus formellement égaux et libres. En d'autres termes, le principe du droit (égalité formelle) est reconnu par le droit bourgeois avec une intégralité exhaustive.

De là -vu notre sujet Le droit et le socialisme- plusieurs questions se posent. Le droit bourgeois n'est-il pas le dernier type de droit ? Un autre type de droit, plus développé et plus haut, est-il possible après le droit bourgeois ? Quelles sont les destinées du droit bourgeois et quel est l'avenir du droit en général après la révolution prolétaire et la transition du capitalisme au socialisme ?

Compte tenu de tout ce qui a été dit plus haut, il devient clair que la question concernant les destinées du droit sous le socialisme représente celle qui porte sur la possibilité ou bien l'impossibilité de l'existence et du fonctionnement du principe d'égalité formelle dans les conditions de ce régime dont la principale particularité distinctive consiste en ce qu'il renonce à toute propriété privée et, en conséquence, au principe d'égalité formelle (juridique) des individus par rapport aux moyens de production.

On n'ignore pas que Marx, Engels et Lénine n'ont jamais parlé du "droit socialiste". D'abord Marx (et puis Lénine), en raisonnant sur le futur régime parla de la nécessité de conserver dans la phase inférieure du communisme (c'est-à-dire sous le socialisme) le *droit égal* bourgeois dans le domaine de rapports distributifs en vue de répartir des objets de consommation personnelle conformément au "résultat du travail".

Il n'est pas moins vrai que les réalités historiques du socialisme du XXème siècle ont démontré, faits à l'appui, le caractère non juridique des rapports à l'égard des moyens de production, aussi bien qu'à l'égard des rapports distributifs en illustrant que, sous le socialisme, la distribution d'objets de consommation se fait non selon le principe et les normes d'égalité formelle (juridique), mais d'après d'autres critères et règles (non juridiques) planifiés, centralisés, impérieux et injonctifs (soi-disant égalitarisme, privilèges de consommation, approvisionnement hiérarchique de la *nomenklatura*, etc.).

Méthodes d'administration injonctive, dictature totalitaire, monopolisation du pouvoir politique entre les mains du parti au pouvoir, éviction des gens du pouvoir et de la propriété, transformation de l'homme en "vis" privée de tout droit, répression massive et arbitraire sont autant de facteurs qui accompagnent le socialisme, facteurs qui témoignent de l'absence de bases et de rapports juridiques dans tous les domaines de la vie sociale et politique. Ainsi, les réalités du socialisme ont historiquement et pratiquement prouvé que la négation du droit (de l'égalité juridique formelle des individus) dans les rapports fondamentaux de la société (il s'agit de l'attitude face aux moyens de production) conduit inévitablement à l'impossibilité d'existence et de fonctionnement du droit dans plusieurs autres domaines, localisés et isolés, des rapports sociaux (par exemple dans le domaine de distribution d'objets de consommation ou, disons, dans les rapports politiques, les relations entre le pouvoir et les individus, les structures politiques et la société, etc.). Là où le droit est privé de sa base fondamentale et négligé en son essence, alors il est nié dans son ensemble, intégralement, sans exception aucune sous forme de zones ou sphères juridiques spéciales.

Si l'on renonce au principe d'égalité juridique formelle en son essence, alors on ne peut pas le conserver en qualité de privilège pour une partie quelconque de la vie sociale. Tel est un des principaux enseignements juridiques du socialisme.

La voie que nous avons à parcourir du totalitarisme à la liberté signifie, au fond, avancer vers le droit (vers l'économie de droit, vers le marché, vers la politique de droit, vers la société civile de droit, vers l'État de droit, vers les droits de l'homme, etc.).

L'envergure des difficultés que nous allons connaître en nous engageant dans cette voie vers le droit (et vers la politique de droit) est conditionnée par le caractère fondamentalement incompatible du principe d'égalité juridique formelle avec le socialisme qui, de par sa nature et son essence, représente une négation radicale de l'inégalité économique de la propriété privée aussi bien que du droit bourgeois (c'est-à-dire de l'égalité juridique formelle). Instituer le droit et la liberté signifie transformer absolument et obligatoirement l'infrastructure proprement dite du socialisme, à savoir de la propriété socialiste (inéluçtablement étatisée et politisée) de l'ensemble de la société (de tout le monde ensemble) qui n'appartient à aucun individu isolé. C'est justement ici que plongent les racines du totalitarisme qui s'est créé chez nous. La *désétatisation* de la propriété dans nos conditions, c'est sa désocialisation dont la réalisation est possible en deux formes principalement différentes et dans des sens (sociaux, économiques, politiques, etc.) opposés : 1) en forme de *privatisation* de la propriété, quand pour le compte de "tout le monde ensemble" seulement certains individus, groupes et collectivités, etc., deviennent propriétaires privés de divers moyens de production ; cela étant, une version de la néo-N.E.P. (nouvelle politique économique) admet dans certaines limites la circulation du capital privé et du droit bourgeois respectif ; 2) en forme de *civilisation* de la propriété qui représente une individualisation gratuite et universelle de toute la propriété socialiste conformément au principe du droit égal de tout le monde sans exception aucune, un passage de la propriété de "tout le monde ensemble" à la propriété de chaque personne prise isolément, une transformation de chaque citoyen en sujet juridique réel ayant le droit égal à sa part égale (la même part

à chacun) de la propriété socialiste désétatisée. Reconnaître le droit subjectif déjà acquis et inaliénable de chacun à sa part égale de la propriété civile ("civilitaire") signifie passer, d'une manière adéquate et équitable, au langage de droit et de liberté de ce potentiel socialiste qui est représenté dans la propriété socialiste de "tout le monde ensemble".

Cette propriété civilitaire peut être assimilée à une quote-part *déjà versée* par chaque citoyen à une copropriété dans le cadre de laquelle on conserve pour chacun son droit à sa propriété individuelle et, respectivement, son droit, en qualité de copropriétaire, à l'obtention d'une part égale d'argent en provenance de tous les modes d'exploitation de la copropriété ; l'État ne recevra dans son budget que des impôts provenant de toutes les recettes, mais pas les revenus proprement dit. Ici l'importance principale consistera en ce que le droit à la propriété civilitaire constitue un droit subjectif déjà acquis et inaliénable (en tant que bilan définitif du socialisme sous forme d'une individualisation équitable) et non simplement le droit formel (capacité, possibilité) d'être (ou de ne pas être) propriétaire, d'acquiescer (ou de ne pas pouvoir acquiescer) une propriété.

Il est clair que la propriété civilitaire et le droit respectif ne peuvent historiquement apparaître que sur la base du socialisme en vue de le transformer et le surmonter. Le régime comportant une telle propriété civilitaire, initialement égale et toujours présente (en tant que minimum constant, sur la base duquel et au-delà duquel sont possibles d'autres formes d'enregistrement, de propriétés, d'activité économique, etc., tout cela sans aucune restriction) peut être nommé *civilisme* (ou régime civilitaire).

Du point de vue de l'évolution historique progressive du droit, ce qu'il y a de caractéristique ici, c'est que le droit civilitaire, selon le concept donné, comporte non seulement ce qui est propre pour le droit présocialiste, bourgeois (égalité juridique formelle de tout le monde, capacité abstraite) mais quelque chose de nouveau en principe : le droit subjectif réel déjà acquis et inaliénable de chacun à sa part égale de la propriété civilitaire. Tel est le bilan juridique et économique maximum possible qu'on obtient du socialisme précédent dans l'évolution historique du capitalisme au civilisme à travers le socialisme.

La désétatisation (et en même temps la désocialisation) de la propriété socialiste, qui s'impose, avec une telle insistance et dont la nécessité est prouvée par la crise mondiale contemporaine du socialisme, témoigne que le socialisme réel n'a pas de perspective communiste. Mais il est vrai aussi qu'il n'existe pas non plus la voie du socialisme au capitalisme : ce retour (c'est-à-dire le passage à partir de l'absence de l'inégalité économique sous le socialisme à sa renaissance) contredit la logique objective du progrès historique universel, ignore les potentialités et les possibilités en matière de transformations progressives des succès du socialisme (renoncement à l'inégalité économique), succès qui ont valu pour l'humanité autant de tragédies, de sang et de sueur.

Étant donné que le retour du socialisme au capitalisme est socialement et historiquement bloqué, la privatisation peut, au maximum, nous conduire à une nouvelle version quelconque de la N.E.P. avec plusieurs modes économiques et avec admission d'un secteur privé et, en conséquence, d'institutions et de normes respectives du droit bourgeois. À en juger d'après les événements en cours dans certains pays de l'Europe orientale et à ce jour

chez nous, le développement réel va dans ce sens. Il n'est pas moins vrai que, même dans les circonstances les plus favorables, la néo-N.E.P., de même que la N.E.P. historique, conduit à une nouvelle lutte imminente (économique, politique, idéologique) entre les modes économiques d'après le principe "qui l'emportera ?" et, en fin de compte, à telle ou telle resocialisation, car le retour au capitalisme est bloqué, tandis que la N.E.P. permanente, en tant que telle, ne peut pas exister. Il n'est pas moins vrai aussi que la situation socio-historique et politique dans notre pays se montre extrêmement défavorable à l'égard de la réalisation fructueuse des réformes du type de la N.E.P. De par sa nature n'importe quelle version de la N.E.P. suppose l'application d'une politique totalitaire ou autoritaire sévère qui impose sa domination aux activités économiques en vue de maintenir les modes non socialistes dans les limites et volumes voulus. Si les structures politico-autoritaires et sociales, chargées d'exprimer et de garantir l'intégrité de la propriété socialiste à l'échelle de tout le pays et de toute la société, se voient dégradées, si des forces centrifuges et des tendances au particularisme se font terriblement sentir, alors le processus de privatisation risque de dégénérer en une appropriation arbitraire et en dispersion de la propriété socialiste et peut provoquer la "guerre tous contre tous".

La néo-N.E.P., dans n'importe quel cas, n'est pas une solution. Elle n'est qu'un désir d'ajourner la solution des problèmes du socialisme en tant que période transitoire qui a objectivement préparé toutes les conditions nécessaires pour son avenir, le civilisme. Aucune transformation radicale du socialisme n'est possible sans le libre accord conscient (un nouvel accord social) dont la base et la principale condition n'est autre chose que le principe d'égalité de tous les individus, et, avant tout, à l'égard de toute la propriété désocialisée, ce qui signifie qu'on reconnaît le droit déjà acquis et inaliénable de chacun à sa part égale de la propriété civilitaire. En d'autres termes, le postsocialisme n'est possible qu'en tant que civilisme avec propriété et droit civilitaires.

R.R.J. 1992-1  
Pages 315 à 323

- VIII -

**ACTUALITÉS DOCTRINALES**



## **"LA PRESTATION DE CONSEIL JURIDIQUE EN DROIT FRANÇAIS"**

Thèse dactylographiée Aix-Marseille III

Par Jean-Jacques ALEXANDRE,

Direction Roger BOUT, 1990, 2 tomes, 842 pages

Présentation par

Emmanuel PUTMAN

*Professeur à la Faculté de La Réunion*

Du consultant en assurance ou en brevets d'invention à l'expert comptable, de l'agent immobilier à l'huissier en passant par les syndicats, associations ou administrations (comp., art. 56 à 66, loi du 31 déc. 1971, mod. loi n° 90-1259 du 31 déc. 1990), la très grande variété de professionnels qui assument des prestations de conseil juridique elles-mêmes multiformes, consultations, rédaction d'actes, accomplissement de formalités, font apparaître la prestation de conseil juridique comme un marché que nos entreprises disputent à la concurrence étrangère, une activité économique qui n'est plus réservée aux "donneurs de conseils" traditionnels. Aussi la thèse de Jean-Jacques Alexandre, juste antérieure aux lois du 31 décembre 1991, dépasse-t-elle de beaucoup le simple examen de la profession de conseil juridique, objet du dernier titre de l'ouvrage et aujourd'hui fusionnée avec la profession d'avocat. L'étude de J.-J. Alexandre, arrêtée par la force des choses au projet de loi, aidera à en comprendre la genèse. On est frappé de constater que l'idée selon laquelle l'essence du métier d'avocat est la plaidoirie, son rôle de conseil n'étant caractéristique de sa profession que dans le cadre de son activité contentieuse (Edmond Bertrand, "De la profession d'avocat", D. 1970, Chron. 85), correspond en somme à l'histoire récente : Molot soulignait en 1842 que la consultation avait commencé au tout début du XIXème siècle à perdre le prestige dont elle était parée sous l'Ancien Régime ("Règles de la profession d'avocat", n° 66) ; et les "avocats-conseils" existaient avant le décret du 20 juin 1920 qui fit du titre d'avocat l'apanage du plaident.

Mais la prestation de conseil juridique est bien plus large que la profession d'avocat-conseil. Le magistrat lui-même ne se fait-il pas parfois dispensateur de conseils juridiques en faveur des parties ? La pratique des juges aux affaires matrimoniales, fondée sur les termes extensifs de l'art. 1093 NCPC, le montre. La consultation juridique excède les limites de la consultation de l'art. 256 NCPC, mesure d'instruction purement technique, et des inventions prétorienne "sui generis" telles que l'"amicus curiæ" (Paris, 21 juin et 6 juillet 1988, RTD Civ. 1989, 138, obs. Perrot). La prestation de conseil juridique, dont la consultation n'est qu'une facette, apparaît protéiforme. La jurisprudence impose ainsi au vendeur ou à l'entrepreneur, non professionnels du droit, de renseigner le cocontractant sur la

réglementation applicable à la vente d'un terrain (Civ. I, 6 oct. 1982, RTD Com. 1983 ; 456, obs. Hémarid et Bouloc) ou à l'installation d'un épurateur (Civ. I, 15 mars 1988, IR 93). Cette obligation contractuelle de conseil juridique se distingue du contrat ayant pour objet le conseil juridique. M. Alexandre caractérise soigneusement celui-ci. Même s'il peut se cumuler avec le mandat "ad litem" (art. 411 et 413 NCPC) il n'est pas lui-même un mandat car le "conseiller" ne représente pas son client. Il n'est pas non plus un contrat d'entreprise car le client peut rompre avec le contrat de conseil juridique sans préavis ni indemnité, tandis que le maître d'ouvrage qui arrête les travaux doit indemniser l'entrepreneur. Contrat "intuiti personæ" original, il n'est nullement incompatible avec le salariat, une subordination juridique pouvant se concilier avec une indépendance effective de la prestation de conseil. Cette idée (déjà illustrée par Paris, 7 nov. 1977, D. 1977, 652, note Jestaz) prend tout son relief à l'heure où, suivant plusieurs exemples étrangers, celui notamment de l'Italie, notre droit consacre la possibilité du salariat de l'avocat (art. 7 et s., loi n° 90-1258 du 31 déc. 1990). L'une des caractéristiques du contrat de conseil juridique, selon l'auteur, est l'équilibre recherché entre une conception extensive du dol professionnel, protectrice du client (par exemple, Paris, 7 oct. 1982, GP 1983, 2, somm. 332 ; 31 mai 1983, GP 1983, 2, 554), et l'obligation de moyens du donneur de conseil, qui n'est qu'assez rarement renforcée en jurisprudence (V. tout de même, Civ. I, 27 sept. 1983, D. 1984, 369, note J.L.A.).

Apport notable de l'ouvrage, M. Alexandre se demande si l'utilisation d'un matériel informatique modifie la nature de l'obligation du conseiller. Sa réponse est opportunément nuancée : l'obligation reste de moyens lorsque le système-expert est utilisé par le donneur de conseil, car il n'est pour lui qu'un instrument d'aide à la décision. En revanche, lorsque c'est le demandeur de conseil qui, par exemple, interroge une base de données juridiques, il est beaucoup plus dépendant de l'information fournie. J.-J. Alexandre préconise alors l'application de la directive "produits" de la C.E.E. du 25 juillet 1985, ce qui ferait peser sur le "producteur" l'obligation de fournir une information présentant la "sécurité à laquelle on peut légitimement s'attendre...". La suggestion est séduisante, sauf à se demander qui est le "producteur" (l'exploitant de la base de données ? le centre de recherche ayant analysé les arrêts si la base ne travaille pas en "full text" ? Ou les deux solidairement ?) et à observer que la "sécurité légitime" ne va pas très loin dans ce cas : le système-expert ne donne qu'une information, aucun conseil au sens où l'entend M. Alexandre, c'est-à-dire ajoutant à l'investigation et à l'information la mise en garde. Qu'est-ce dès lors qu'une information "sûre" ? L'exploitant d'une base de données doit-il répondre du fait qu'au moment de l'interrogation un revirement de jurisprudence tout récent n'a pas encore été intégré dans la base ? Autant de questions qui demeurent en suspens.

D'autres interrogations surgissent au vu de la jurisprudence dont J.-J. Alexandre nous offre un tableau exceptionnellement fouillé. Il met en lumière l'obligation du client de se renseigner. Mais on avoue avoir été choqué de l'apparente absence de nuances de nos juridictions, qui la font peser aussi bien sur le client averti (Civ. III, 4 mars 1971, Bul. III, n° 162, où le client était une Chambre de commerce) que sur le quidam (C.E. 27 juillet 1949, "Alameddine", Lebon, 379 :: obligation de l'administré de se renseigner

lorsque les indications de l'administration sont incomplète !). Un régime "à deux vitesses" serait infiniment plus équitable... Surtout lorsque l'information émane de l'administration, qui ne manquera pas d'éluider sa responsabilité en reprochant à l'usager de n'avoir pas remédié aux lacunes ou contradictions des éléments qu'elle même a donnés.

Inversement, on n'est pas tout à fait aussi convaincu que J.-J. Alexandre de l'absolutisme de l'interdiction des clauses de non responsabilité. Il n'admet guère que la validité des clauses d'avis donné, exonératoires lorsque le client déclare vouloir passer outre l'avis. Mais la Cour de cassation autorise, pourvu qu'elles ne soient pas trop vagues (Civ. I, 24 mars 1969, Bul. I, n° 95) des stipulations qui ne se limitent pas à l'avis donné (Civ. I, 12 janv. 1982, Bul. I, n° 15 : dispense de responsabilité du conseil pour les éléments dont le client déclare avoir pris connaissance). Comme le note fort justement M. Alexandre, le devoir de conseil est relatif, son étendue varie selon les circonstances : il est donc permis de penser que seront licites des clauses délimitant les obligations du conseil, notamment face au client averti, pour les informations que celui-ci est "supposé connaître". Simplement il ne faut pas qu'elles vident l'obligation de conseil de tout contenu. Si les clauses totalement exonératoires sont nulles, c'est nous semble-t-il, moins pour la raison généralement avancée de l'ordre public -dont le contenu est bien vague- que parce qu'elles portent atteinte à l'obligation fondamentale du contrat, selon l'idée chère à notre collègue Ph. Delebecque (in "Les clauses allégeant les obligations dans les contrats").

Ce n'est pas le moindre mérite de cette savante thèse que de faire ainsi rebondir la réflexion du lecteur. Son brillant essai de définition de la prestation de conseil juridique, véritable "morceau de bravoure" de l'ouvrage, est également très riche de virtualités. J.-J. Alexandre y voit avant tout une opinion, à la fois prospective et aléatoires, pédagogique et incitative, descriptive et spéculative, découvreuse et créatrice de droit. Devant le tableau historique, du droit romain à nos jours, que brosse avec talent J.-J. Alexandre, on se prend à rêver au rôle de la prestation de conseil juridique comme source (au sens large) de droit. Art juridique secret des pontifes aux premiers temps d'application de la loi des XII Tables, la consultation s'exprime ensuite par les "responsa" des jurisconsultes, dont la force, puisée au temps de la République dans le seul prestige de leur renom, ne va s'exercer ensuite que "ex auctoritate principis", jusqu'à ce que, intégrés au "consilium" qui prépare les rescrits de l'Empereur, les jurisconsultes ne soient plus que les fidèles serviteurs du Prince. Peut-être conviendrait-il d'étudier les rapports qu'entretiennent avec la consultation juridique, les nouveaux "rescrits" des administrations (rescrit fiscal, art. L 64 B, LPF), des autorités administratives indépendantes (rescrit financier, loi du 2 août 1989) ou des juges ("questions de droit nouvelles" soumises pour avis par les juges du fond au Conseil d'État, loi du 31 décembre 1987, ou à la Cour de cassation, loi du 15 mai 1991). On proposerait volontiers cette thèse que la consultation juridique, art d'interprétation avant tout, est une herméneutique disputée à l'Oracle (celui des jurisconsultes de toutes époques) par le Prince : le rescrit impérial, et plus tard, "mutatis mutandis", le référé législatif, c'est le Prince rendant ses oracles ; les nouveaux rescrits, qu'est-ce, sinon le Prince déléguant à des autorités qui participent de lui le droit de rendre des oracles.



## "SCIENCE DES LÉGISTES, SAVOIR DES JURISTES"

Par Christian ATIAS,  
Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1991, 118 pages

Présentation par  
Emmanuel PUTMAN  
*Professeur à la Faculté de La Réunion*

D'une plume parmi les plus passionnantes, on s'est habitué à attendre que chaque "nouvelle fois" soit comme une "première fois" vivace toujours et toujours nécessaire. Réécriture de l'"Épistémologie juridique" de naguère (PUF, "Droit fondamental", 1985), "Science des légistes, savoir des juristes" renvoie cette fois l'auteur à lui-même. La pensée ici se resserre et tend à l'épure. Le panthéon d'épistémologues qui se trouvait curieusement relégué en milieu de parcours de l'œuvre initiale dans un chapitre d'épistémologie comparée, devient ce qu'en vérité il était : une collection d'"aperçus d'épistémologie" portique du livre nouveau dont c'est le chapitre préliminaire. L'évocation de "Popper, Kuhn et les autres" se fait cursive. Est-ce l'abandon d'une épistémologie de la fragilité ? Hier, C. Atias opposait longuement à la "structure des révolutions scientifiques" de Kuhn et sa succession de phases de "science normale" et de "science extraordinaire" marquée par le changement de paradigme, l'idée plus popperienne de réfutabilité permanente des acquis scientifiques. Le savoir juridique, nous dit-il, est un savoir sédimentaire, profitant d'expériences successives. Ce n'est pas seulement par volonté pédagogique que M. Atias ramène les tendances de l'épistémologie juridique à l'opposition des épistémologies de la "rupture" et de la "continuité". La plume semble accuser le trait : Christian Atias avait d'abord suivi la trilogie énoncée par Piaget (anti-réductionnisme, réductionnisme et constructivisme) pour reprocher au positivisme sa "réduction de la connaissance à l'objet non transcendantal". Mais sous couvert de se schématiser en un dyptique, la critique du positivisme semble se nuancer : les épistémologies de la continuité, qui ont clairement la préférence de l'auteur, récupèrent quelques maîtres positivistes comme Ripert. Le professeur Atias, qui n'est jamais meilleur que lorsqu'il renverse quelque idole, déboulonne de fort réjouissante façon la statue de la libre recherche scientifique, coupable d'avoir honni, à travers l'école de l'exégèse, les "pères fondateurs du savoir civiliste". C'est reconnaître au moins quelques vertus au positivisme qui a influencé ces pères fondateurs. C. Atias voit d'ailleurs dans le positivisme légaliste "une tendance naturelle de l'esprit humain", dont aucune rupture épistémologique ne pouvait venir à bout. On sait l'attention que Monsieur Atias a toujours portée à l'action de la communauté des juristes, qu'il caractérisait comme un "ordre savant traditionnel". S'il ne

reprend pas l'expression, il développe l'idée dans le chapitre entièrement neuf qu'il consacre, "in fine", aux caractères du savoir juridique : hors du savoir ancestral point de droit, tous les juristes sont toujours des contemporains dans la mémoire de la communauté. Point de salut dans les reconstructions réductrices de la réalité, imputées à cette "science des légistes", que décidément il n'aime guère. Le "savoir des juristes", tel que le définit Christian Atias, est une "culture qui avive le sens du juste". N'est-ce pas, au fond, écrire un livre sur la science du droit, pour dire que le droit n'est pas une science ? L'abandon de l'ultime chapitre de l'Épistémologie juridique, qui s'intitulait "le progrès de la science du droit", sûrement n'est pas dénué de valeur symbolique. D'autres massifs de l'ouvrage original ont été taillés, ou sacrifiés, et ces choix sont un signe des temps. L'Épistémologie juridique était (pour la France) un acte d'initiateur, et un peut un acte de foi : il fallait encore déplacer des montagnes, renverser des "obstacles à la fondation de l'épistémologie juridique". Théâtre de ce combat, tout un chapitre, qui a disparu du livre nouveau. C'est que celui-ci est un acte de confiance. C. Atias opposait alors les "formes vulnérables de connaissance juridique" à la forme "incontestée", car il lui apparaissait que tout savoir juridique autre que le savoir "appliqué" était regardé avec méfiance par les juristes eux-mêmes. Lés développements sont maintenus, mais les titres aujourd'hui rejetés, sans doute parce que l'idée a fait son chemin et que le savoir juridique "fondamental" n'a plus autant qu'hier besoin d'être lui-même "fondé".

On regrettera, fugitivement, que quelques fleurs de l'ancien massif aient été coupées, notamment une très éclairante critique de la "théorie commune des sources du droit" qui, nous disait l'auteur, s'occupe de chercher où est le droit et se dispense de chercher ce qu'il est. Ce passage n'aurait-il pu trouver place dans la seconde partie de l'ouvrage, dédiée à des "essais d'épistémologie juridique descriptive" ? Ces essais ont été substantiellement retouchés. À côté de pages quasi inchangées sur les rapports du droit et du fait ou sur la discussion "pro" et "contra", le rôle de la "ratio juris", autre thème favori de réflexion de M. Atias, est très concrètement abordé par l'exemple (à propos de la mention de la cause de la créance dans l'acte constitutif d'hypothèque) et il faut reconnaître la justesse de l'exposé sur les risques des "unités épistémologiques", ces " tiroirs " des juristes spécialisés qui, limitant leur champ de réflexion, gagnent du temps quitte à appauvrir leurs raisonnements. Ces démonstrations renouvelées suscitent le vœu que l'auteur transforme les "essais" en un recueil autonome. Un livre de Christian Atias, c'est un peu à chaque fois l'Amérique : celui-ci est aussi un embarquement, qui nous donne l'espoir d'Amériques nouvelles.

## LA JUSTICE ET SES INSTITUTIONS

Par

J. VINCENT, S. GUINCHARD, G. MONTAGNIER et A. VARINARD,  
3ème édit., Dalloz, 1991

Présentation par  
Jean-Claude RICCI

On salue ici la réédition de cet important ouvrage qui correspond à une tendance moderne en fort développement : celle de l'unicité du droit processuel, de l'unique notion de procès.

Nombre de facultés de Droit inscrivant désormais un cours de connaissance des institutions judiciaires, cela dès la première année de DEUG dont le caractère propédeutique se renforce ainsi nettement.

Cette unité de l'univers juridictionnel est bien manifestée par le parti pris par nos auteurs d'éviter systématiquement la juxtaposition entre juridiction judiciaire et juridiction administrative. Au contraire, ils suivent une démarche logique dans la présentation du *service public de la justice* (différents modes de règlement des litiges, encadrement européen des règles du service public de la justice, justice et séparation des pouvoirs, principes de fonctionnement du service public de la justice, le justiciable devant la justice, la réglementation de l'exercice du droit), puis de *l'organisation des juridictions* (juridictions internationales, juridictions nationales), des *acteurs du débat en justice* (juges, auxiliaires de justice, avocats), du *procès* (action en justice, instance, jugement, voies de recours, frais de procès, exécution des décisions de justice, arbitrage), et intègrent à chaque étape les éléments des divers ordres de juridiction. Ce bel ouvrage de 767 pages en format agrandi comble l'attente de tous ceux qui sont désireux tout à la fois de disposer d'un exposé clair et complet, et soucieux d'une information précise sur *l'ensemble* de notre système juridictionnel.

Jean-Claude RICCI

---

DÉPÔT LÉGAL 1er Trimestre 1992



— Jean-Paul PASTOREL, Quelques réflexions à propos d'une récente décision du Conseil Constitutionnel sur le statut de la Corse.

— André ROUX, Normes nationales et normes locales dans la jurisprudence du Conseil Constitutionnel.

### **III - Droit de la Culture**

— Olivier LALIGANT, Des œuvres aux marches du droit d'auteur : les œuvres de l'esprit perceptibles par l'odorat, le goût et le toucher.

### **IV - Droits de l'Homme**

— Norbert ROULAND, Les utilisations de la notion de Droits de l'Homme dans le nouvel ordre international.

— Étienne LE ROY, Les fondements anthropologiques des Droits de l'Homme. Crise de l'universalisme et post-modernité.

### **V - Méthodologie et Sociologie juridiques**

— M'Hamed EL HATIMI, Qu'est-ce que la méthodologie juridique ? (Esquisse de quelques points de repères en méthodologie juridique au Maroc).

— Anne ENSMINGER, Auto-signaux, la norme baladeuse : avertisseurs optico-acoustiques et plaques d'immatriculation.

— D. John KOZYRIS, Recourse to the objectives of the law and the role of Equity in the New International Law of Maritime Boundaries (Abstract of paper in the form of an essay).

### **VI - Histoire du droit et Histoire des idées politiques**

— Erk Volkmar HEYEN, Administration communale et science du droit administratif en France et en Allemagne (1871-1914).

— Antoine LECA, Les droits du peuple dans les « Franco-Gallia » de F. Hotman (1573-1600).

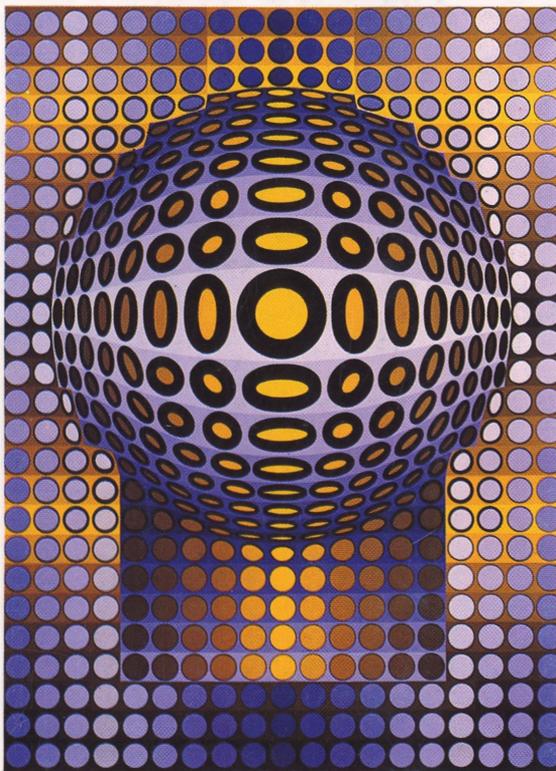
### **VII - Théorie juridique**

— V.S. NESSERSIANTS, Dans la voie vers le droit : du socialisme au post-socialisme.

— V.S. NESSERSIANTS, Le droit comme mathématiques de la liberté.

### **VIII - Actualités doctrinales**

# DROIT PROSPECTIF



## TABLE DES MATIÈRES

### **Hommage**

— Discours du Doyen Charles DEBBASCH à l'occasion de la remise des Mélanges « l'Europe et le droit » au Doyen Jean BOULOUIS.

### **I - Droit Juridictionnel**

— Jean-Pierre BRUN, La procédure pénale : dépasser le dilemme accusatoire - inquisitoire.

— Tanguy BARTHOUIL, Essai sur la notion de pouvoir discrétionnaire des juges du fond en droit privé.

*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**

**1992-2**

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

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

**N. XVII - 49 (17ème année - 49e numéro)  
(4 Numéros par an)**

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

## COMITÉ DE PATRONAGE

M. Paul AMSELEK	Professeur à l'Université de Paris II
M. le Doyen Jean-Marie AUBY	Professeur à l'Université de Bordeaux I Président honoraire 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 LAUBADÈRE (†)	
M. Michel LESAGE	Professeur à l'Université de Paris I Directeur du Service de Recherches Juridiques Comparatives (C.N.R.S.)
M. le Recteur Didier LINOTTE	Professeur à la Faculté de Droit de Nice
M. Edmond LISLE	
M. le Doyen Guillaume MATRINGE	Professeur à l'Université de Paris II
M. Bruno OPPETT	Professeur à l'Université de Paris II
M. François TERRÉ	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 SÉRIAUX  
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

COMITÉ SCIENTIFIQUE

J.-L. BERGEL  
D. BERRA  
F. BOULAN  
J. BOURDON  
J.-Y. CHEROT  
Y. DAUDET  
Ch. DEBBASCH  
Ph. DELEBECQUE

L. FAVOREU  
M. FLORY  
C. LOUIT  
J. MESTRE  
J.-L. MESTRE  
C. MOULY  
J.-Cl. RICCI  
A. SÉRIAUX

ÉQUIPE DE RÉDACTION

F. BOULAN  
L. FAVOREU  
M. GARCIN

J. MESTRE  
J.-L. MESTRE  
J.-Cl. RICCI

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

ABONNEMENT : 4 numéros par an - Tarif 1992

Abonnement de Soutien : 600 F  
Abonnement (France) : 400 F

Abonnement étranger : 450 F  
Numéro (France) : 110 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'UNIVERSITÉ  
12, Rue Nazareth - Aix-en-Provence

Sciences Juridiques, Économiques et Sociales

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

Cartes de Fidélité - Recherches Bibliographiques



# TABLE DES MATIÈRES

## *HOMMAGE*

- Discours du Doyen Charles DEBBASCH à l'occasion de la remise des Mélanges "L'Europe et le Droit" au Doyen Jean BOULOUIS, le 4 décembre 1991..... 333

## I - DROIT JURIDICTIONNEL

- Jean-Pierre BRUN, La procédure pénale : dépasser le dilemme accusatoire - inquisitoire..... 339
- Tanguy BARTHOUIL, Essai sur la notion de pouvoir discrétionnaire des juges du fond en droit privé..... 343
- Jean-Pierre FERRAND, L'exercice par un contribuable communal des actions appartenant à la commune (à propos du décret n° 92-190 du 26 février 1992)..... 397

## II - DROIT CONSTITUTIONNEL COMPARÉ

- Maurice-Pierre ROY, La Guinée à l'aube de l'État de droit. La loi fondamentale du 31 décembre 1990 ..... 411

## III - PHILOSOPHIE ET MÉTHODOLOGIE DU DROIT

- Méлина DOUCHY, La notion de non-droit..... 433

## IV - PHILOSOPHIE POLITIQUE

- Christiane PEYRON-BONJAN, Philosophie de la formation et vie de la Cité. Prolégomènes à la didactique ..... 479
- Christiane PEYRON-BONJAN, Leçons modernes de la période sophistique..... 489

## V - HISTOIRE DU DROIT

- Marc PENA, Les origines historiques de l'article 6 du Code civil ..... 499
- Antoine LECA, Les limites aux droits du Roi d'après les "Sermons..." du Père J. Boucher (1er - 9 août 1593)..... 521

## VI - NOTES DE JURISPRUDENCE

- Alain BOYER, Les mises en demeure de l'article 42 de la loi relative à la liberté de communication : mesures préparatoires, mesures préalables, sanctions administratives ?  
(Note sous Conseil d'État, 20 mars 1991)..... 539
- Lakhdar BOUMAZA, Le contentieux de la responsabilité administrative dans le cadre de l'accomplissement des obligations militaires d'un appelé du contingent : le cas d'un suicide  
(Note sous Cour administrative d'appel de Lyon, 17 octobre 1990)..... 549

## VII - ACTUALITÉS DOCTRINALES

- "Aux confins du droit, anthropologie juridique de la modernité" par Norbert ROULAND  
(Présentation par Emmanuel PUTMAN)..... 557
- Introduction historique au droit pénal  
par Jean-Marie CARBASSE  
(Présentation par Jean-Louis MESTRE)..... 561
- Karl Renners Briefe aus Saint Germain und ihre rechtspolitischen Folgen par Georg SCHMITZ  
(Présentation par Otto PFERSMANN) ..... 567

# HOMMAGE

## DISCOURS DU DOYEN CHARLES DEBBASCH À L'OCCASION DE LA REMISE DES MÉLANGES "L'EUROPE ET LE DROIT" AU DOYEN JEAN BOULOUIS LE 4 DÉCEMBRE 1991

Nulle expression ne définit plus mal que *Mélanges* une réunion comme celle qui se tient aujourd'hui ici. Le mélange au sens étymologique est l'introduction d'un élément étranger qui vient se mêler à quelque chose, l'union de choses différentes. Or, par une étrange alchimie, vous avez, Doyen Jean Boulouis, le grand talent de rendre proches ceux qui se sentaient au départ différents. C'est sans doute ce qui explique la qualité du rassemblement d'aujourd'hui.

- L'union des Universités de Paris et d'Aix que l'on dit parfois rivales ou concurrentes et qui ne sont en fait que les deux faces d'une même médaille celle du savoir juridique porté au plus haut. Mais il est vrai que vous avez dirigé l'une et l'autre avec un immense talent, y insufflant un esprit commun.

- L'alliance des éditions Dalloz-Sirey et de la plupart de leurs auteurs mais il est vrai que vous êtes un des plus brillants rédacteurs d'ouvrages de cette grande maison.

- La volonté commune des auteurs de ne pas se disperser et de se retrouver autour du thème de l'Europe et du droit tant il est vrai que vous avez su porter le droit de l'Europe au sommet.

La remise de ces *Mélanges* est une occasion de rendre hommage à vos exceptionnelles qualités et à votre sens aigu du service public. Voilà quelques années un jeu télévisé fort prisé avant que ne tourne la roue de la fortune s'appelait "la tête et les jambes". J'ai pensé avec quelque irrévérence que vous auriez pu y triompher et qu'en tout cas il pourrait servir utilement de plan - en deux parties fort inégales - aux propos de votre ancien élève des années cinquante à Aix.

### I - La tête

Rassurez-vous, je ne vais pas m'efforcer de décrire ici votre visage. Encore que l'exercice serait passionnant, l'oeil aigu toujours en éveil, interrogateur, incisif, maté d'ironie. Mais ce qui nous intéresse ici ce n'est pas l'instantané d'un visage mais le film d'une vie qu'il révèle.

Votre vie c'est celle d'une existence vouée à l'Université dans le sens le plus noble du terme : aider le plus grand nombre d'élèves à franchir les échelons les plus élevés du savoir.

Voilà pourquoi vous n'avez jamais figuré parmi ceux qui considèrent les heures passées dans les amphithéâtres comme des sacrifices inutiles. C'est devant vos étudiants, devant votre public que vous êtes à l'évidence le plus heureux et donc le meilleur. Chaque cours est pour vous une partie à gagner où vous devez séduire, convaincre, étonner. Vous aimez pousser le paradoxe non par souci d'originalité mais parce qu'il est pour vous une occasion de traquer les erreurs qui se cachent sous les évidences, les approximations dissimulées sous les affirmations.

Impressionné par la pensée d'Alain l'esprit de système ne vous habite pas, vous êtes un homme de mesure, tout en nuances. On pourrait vous croire sceptique alors que vous êtes tout simplement respectueux d'une vérité que vous savez plus complexe que ce que les esprits simples veulent bien reconnaître. Au demeurant, vous êtes un homme de la terre dans le meilleur sens du terme. Né à Paris vous êtes comme la plupart des parisiens un provincial fidèle à ses racines terriennes que vous aimez retrouver dans l'Aveyron ou revigorer dans le pays d'Aix ou la Normandie. De là vous viennent ces expressions imagées et cette expression madrée. Cela explique aussi vos centres d'intérêt. N'avez-vous pas consacré votre thèse aux subventions aux collectivités locales, au terroir français ? Ne vous êtes vous pas interrogé sur le point de savoir s'il était possible de rendre à la Nation les entreprises publiques avant de chercher vers l'Europe la nécessaire conciliation de deux exigences apparemment contradictoires des êtres humains : le particularisme local et la solidarité dans un univers plus large.

Vos auditoires sont aussitôt conquis par votre force de persuasion pris sous le charme d'un conteur que l'on écouterait à la veillée à Millau ou à Alger tenant ses auditeurs par la main dans le labyrinthe du droit et les conduisant progressivement vers la fin d'un cours, toujours trop court pour vous, toujours trop court pour nous.

Comment, après avoir ébloui vos étudiants n'auriez-vous pas séduit vos collègues ? Votre haute silhouette sût vite se rendre indispensable dans les couloirs de notre faculté non pour y mener je ne sais quelle campagne d'intrigues mais pour y proposer un débat.

Chaque jour une idée nouvelle vous habitait, nous interrogeait. Ayant appris à penser avec vous, nous avons souhaité être dirigés par vous. M-H. Fabre étant nommé Recteur de l'Académie de Madagascar vous êtes élu à la quasi-unanimité en 1961 doyen de la faculté d'Aix alors que vous êtes un de ses plus jeunes professeurs et la chose n'était pas simple à l'époque où l'ancestrale règle de l'ancienneté avait quelque mal à s'effacer. Vous allez poursuivre et développer avec autorité et compétence l'oeuvre de votre prédécesseur. Des problèmes complexes vous assaillent : accueillir et aider professeurs et étudiants qui quittent l'Algérie en quelques jours dans des conditions dramatiques, faire face à l'arrivée des générations de l'après-guerre, apaiser les premiers remous universitaires provoqués par cette mutation sans précédent. Vous allez vous révéler à la fois un diplomate de talent et un administrateur d'autorité sachant prendre ses responsabilités.

Au terme de votre premier mandat vous serez brillamment réélu en 1964 dans une élection où, porte le procès verbal, le bureau était constitué de l'électeur le plus âgé, le doyen Audinet, et l'électeur le plus jeune, Charles Debbasch. Vous obtiendrez notamment au cours de ce second mandat la construction d'importants bâtiments nouveaux. Quand on sait la complexité des procédures de l'éducation nationale, on mesure toute l'énergie qu'il vous aura fallu déployer pour obtenir ce beau résultat. En 1967, Paris vous appelle et vous enlève à Aix mais vous continuerez,

lié à nous par un honorariat fort actif, à être présent dans la Cité du Roi René pour donner des conférences, animer des débats ou plus simplement retrouver des amis.

Nous ne serons pas étonnés d'apprendre votre très rapide élection à la tête de l'Université Paris II. Ainsi s'expriment l'estime de vos collègues et la reconnaissance de votre apport décisif tout à la fois au droit public et à l'administration universitaire consacré par ailleurs par l'octroi de nombreux titres et distinctions. Je sais que parmi ceux-là les plus chers sont ceux qui vous sont conférés par vos collègues.

Par modestie, vous êtes presque étonné de vous voir décerner ces honneurs. S'il vous arrive d'être comme intimidé devant eux, sachez qu'ils ne représentent pour ceux qui y ont contribué que la juste reconnaissance de vos mérites.

## II - Les jambes

Je vous avais promis de parler des jambes et je vous sens déjà étonné et quelque peu inquiet. Ne vous ai-je pas, dès mon âge d'étudiant, déjà surpris par une certaine forme d'irrévérence. Sachez qu'elle n'a jamais été la forme de l'irrespect mais plus précisément le résultat de l'enseignement que vous m'avez donné : savoir qu'il n'y a jamais d'absolu et que dans toutes nos activités même les plus nobles doit se glisser une part d'humour qui doit éviter que nous nous prenions trop au sérieux.

À la Faculté de droit d'Aix s'est maintenue la tradition des Rachimbourgs, cette manifestation où les étudiants prennent pour un jour la place des professeurs pour les railler. Vous eûtes pendant plusieurs années un imitateur attitré. Pour pouvoir vous imiter il vous suivit pendant plusieurs jours non pour découvrir un de ces détails intimes dont nos contemporains raffolent mais pour mieux pouvoir imiter votre démarche si caractéristique, ce pas de chasseur aux aguets précis et méticuleux. L'apparition de votre imitateur déchaînait l'hilarité dans l'amphithéâtre tant le double ressemblait à l'original et votre Thierry Le Luron Aixois illustrait à merveille l'observation selon laquelle les grands hommes stimulent les bons imitateurs.

Mais ce n'est pas de vos propres jambes que je veux parler ici.

Chacun d'entre nous a subi au cours de sa carrière dans son amphithéâtre les intrusions les plus diverses : clochards venant se chauffer dans l'atmosphère souvent torride des amphis, chiens fidèles ayant suivi leurs maîtres. A Aix, on cite dans les annales un âne venu assister au cours du doyen Trotabas qui permit au célèbre maître de rappeler à ses élèves qu'"il est venu parmi les siens et ils ne l'ont pas reconnu". Au lendemain de mai 68 un chat bondissant de travée en travée était venu semer la perturbation dans mon amphithéâtre, je ne réussis à rétablir l'ordre qu'en lançant à mes étudiants "Cela ne m'étonne pas que mon cours soit troublé par un miaouiste". Mais l'épisode le plus célèbre vous concerne, cher Doyen Boulouis.

Vous enseignez aux étudiants tous les raffinements du délai du recours pour excès de pouvoir quand brusquement un hurlement puis des vociférations retentissent dans votre amphi. Que s'est-il passé ? Un ouvrier travaillant dans les combles qui surplombent l'amphithéâtre a fait un faux pas et au lieu de marcher sur les poutres a transpercé le faux plafond, sa jambe pend à présent dans l'amphi. Il n'est heureusement pas blessé... les étudiants trop ravis de l'aubaine et un peu cruels hurlent de joie. Il crie qu'on le ramène plus haut mais les potaches hilares lui demandent de sauter. Tandis qu'avec autorité et humour vous rétablissez sans peine l'ordre dans la salle, l'empêtré est sorti de sa pénible situation. Vous devez être de tous les professeurs de Faculté le seul qui ait ainsi réussi à donner des jambes à ses étudiants.

Au moment où vos élèves et vos amis vous remettent ce volume de *Mélanges* qu'il leur soit permis de vous souhaiter d'avoir longtemps des jambes de vingt ans. Ils vous prient de bien vouloir partager l'expression de leur affection avec tous ceux qui vous entourent et qui sont aujourd'hui parmi nous, votre chère Madeleine, vos enfants, vos petits enfants et tous ceux qui vous sont chers parmi lesquels nous souhaitons que vous nous comptiez.

R.R.J. 1992-2  
Pages 337 à 408

- I -

**DROIT JURIDICTIONNEL**



# LA PROCÉDURE PÉNALE : DÉPASSER LE DILEMME ACCUSATOIRE - INQUISITOIRE

Par

Jean-Pierre BRUN

*Substitut du Procureur de la République près le Tribunal de grande instance  
de Marseille*

Depuis quelques années, il est d'usage de s'inspirer des modèles américains ou anglais pour proposer des réformes concernant la procédure pénale française.

Les systèmes anglo-saxons, fondés sur une procédure dite accusatoire, permettraient de mieux sauvegarder la liberté individuelle au cours des enquêtes et des procès : telle est l'idée qui sous-tend notamment les ouvrages de Daniel Soulez-Larivière (*Les Juges dans la Balance*) et les travaux de la Commission Delmas-Marty.

En fait, les débats théoriques qui opposent les partisans du système accusatoire et les tenants du modèle français dit inquisitorial doivent s'effacer devant des considérations plus pratiques : Comment bâtir une Justice pénale assurant à la fois l'efficacité de la répression et la sauvegarde des libertés ?

Face à une telle question, il ne faut pas se présenter avec un modèle "clefs en mains" : c'est un compromis entre le système accusatoire et le système inquisitoire qui permettra d'équilibrer les impératifs d'efficacité et les droits de la Défense. Par ailleurs, un certain nombre d'archaïsmes devront disparaître du Code de la Procédure Pénale.

## I - PROCÉDURE ACCUSATOIRE - PROCÉDURE INQUISITOIRE : LES DEUX SYSTÈMES ONT LEURS INCONVÉNIENTS

a) Le système inquisitoire : il confie la recherche de la vérité à un juge d'instruction disposant de pouvoirs étendus ; ce magistrat peut ordonner la mise en détention des inculpés et procéder à tous les actes d'enquête qu'il juge utiles. Il dirige l'action des services de police.

Ce schéma, adopté par la France depuis Napoléon, est actuellement très critiqué. Il est vrai qu'il présente un inconvénient important : le juge d'instruction cumule les pouvoirs d'enquête et les pouvoirs juridictionnels. En d'autres termes, il est juge et partie : c'est lui qui procède à la recherche de la vérité et c'est lui qui en tire les conséquences juridiques.

Dès lors, il sera tenté de faire correspondre ses décisions juridictionnelles (mise en détention d'un inculpé, ordonnance de renvoi devant le Tribunal...) avec les

hypothèses qui sous tendraient son enquête : l'objectivité de ses décisions en est affectée.

De plus, il écrase la défense, puisque celle-ci n'a pas d'autre recours pour faire valoir ses droits que de s'adresser à lui.

b) **Le modèle accusatoire** : la recherche de la vérité est effectuée concurremment par l'accusation (le Procureur de la République, la Police) et par la défense (l'accusé, ses avocats) ; chacune des deux parties en présence peut procéder aux recherches qu'elle juge utiles.

Ces investigations sont placées sous le contrôle d'un juge dépourvu d'initiative propre. L'accusation et la défense peuvent produire devant ce magistrat (ou devant le Tribunal) tous éléments résultant de leurs recherches.

Le rôle du Juge est de départager les deux thèses présentées et de faire droit à celle qui emporte sa conviction.

Très séduisant en théorie, ce système présente plusieurs inconvénients majeurs :

- sur le plan méthodologique, il est fondé sur l'idée que l'accusation et la défense recherchent *leur vérité*, or deux demi-vérités ne font pas *la vérité*.

- sur le plan éthique, il est censé assurer l'égalité entre l'accusation et la défense ; cependant, il crée une inégalité entre les accusés qui ont les moyens de se payer les meilleurs avocats ainsi que les services de détectives privés, et les autres, qui seront sans défense face à l'État.

Le risque, c'est l'instauration d'une justice à deux vitesses.

- sur le plan pratique, il a donné des résultats désastreux aux États-Unis et en Grande Bretagne.

Il y a six fois plus de crimes aux États-Unis qu'en France, si on prend en compte la différence de population, et les prisons américaines comptent un million de détenus (contre 50.000 en France).

Il n'est pas inexact d'affirmer que la Justice américaine est encore plus dure aux faibles que la nôtre et beaucoup plus souple avec les riches et les puissants. (Voir Didier Gallot : "Les fossoyeurs de la Justice").

En Grande Bretagne, la Police a commis à plusieurs reprises des abus dans la conduite des enquêtes (fabrication de preuves).

De fait, l'intervention d'un juge d'Instruction est une garantie contre les manipulations policières : sans cette garantie, les abus d'un État Policier deviennent possibles.

Les deux modèles théoriques ayant leurs inconvénients, il convient de rechercher une solution cumulant les aspects positifs de chacun.

## II - LA NOUVELLE PROCÉDURE PÉNALE FRANÇAISE

Elle devra concilier l'efficacité de la répression, les droits de la défense et l'égalité des citoyens devant la loi pénale.

### a) L'efficacité de la répression

L'exemple italien a démontré que l'action des Juges d'Instruction permet de lutter contre la grande criminalité : Mafia, trafics de stupéfiants, terrorisme, fraudes financières ....

Face aux grandes organisations criminelles, il faut disposer d'une institution puissante, dotée d'importants moyens juridiques et matériels.

Il convient donc de maintenir le Juge d'Instruction, dont l'indépendance garantit en outre l'impartialité des enquêtes policières (cf I, b; le contre exemple britannique).

Par ailleurs, il ne paraît pas souhaitable de s'inspirer des réformes, qui ont modifié en 1989, la procédure pénale italienne : ces nouvelles dispositions obligent les Juges d'Instruction à terminer leurs enquêtes avant l'expiration de délais contraignants et ce, à peine de nullité des procédures.

Selon Rosario Priure (l'un des Magistrats qui a contribué au démantèlement des Brigades Rouges), cet impératif de rapidité laisse l'État "désarmé dans sa lutte contre le terrorisme ou la criminalité organisée".

Il en résulte en effet une impossibilité de remonter les filières.

## **b) Les droits de la Défense**

Pour les renforcer, trois réformes sont envisageables :

### **- Instaurer un pouvoir d'initiative de l'inculpé**

Dans le système actuel, l'inculpé a le droit de faire appel des ordonnances du Juge d'Instruction (en matière de détention provisoire) et de demander une contre-expertise, c'est un pouvoir négatif.

Ce qu'il faut, c'est permettre à l'accusé et à son Conseil de vaincre l'inertie d'un Juge d'Instruction ; la Défense doit avoir un rôle plus actif :

- Lorsqu'il aura intérêt à l'accomplissement d'un acte, (par exemple, l'audition d'un témoin à décharge), l'inculpé ou son avocat pourront présenter une requête officielle au Magistrat Instructeur : celui-ci sera obligé de répondre par une ordonnance motivée.

En cas de réponse négative, l'inculpé aura un droit d'appel immédiat devant la Chambre d'Accusation, composée des Conseillers de la Cour d'Appel.

La défense pourra donc obliger le Juge à effectuer un acte conforme à ses intérêts.

### **- Instaurer, dans chaque Tribunal, une chambre des mises en détention :**

Cette chambre, composée de trois magistrats, exercerait un contrôle rapide et impartial des décisions relatives à la détention des inculpés ; ceux-ci pourraient faire appel devant elle des ordonnances les plaçant en détention ou refusant de les libérer.

Le jugement interviendrait au maximum dans les quatre jours.

Cette réforme permettrait en même temps de désengorger les chambres d'accusation et de leur donner plus de temps pour contrôler le fonctionnement des cabinets d'instruction.

### **- Renforcer les chambres d'accusation :**

Composées de trois Conseillers à la Cour d'Appel, ces juridictions ont pour mission de contrôler les juges d'instruction. Elles jugent les appels dirigés contre les ordonnances des magistrats instructeurs, notamment en matière de détention provisoire (mise en détention, refus de mise en liberté). Elles s'assurent du bon fonctionnement des cabinets d'instruction.

Par manque de moyens (effectifs trop restreints) elle ne peuvent assurer leurs missions de façon satisfaisante.

Il convient donc :

- de les libérer du contentieux de la détention provisoire : celui-ci serait confié, dans chaque Tribunal, à la chambre des mises en détention.

- de renforcer leurs effectifs, ce qui leur permettrait de contrôler plus efficacement le déroulement des informations judiciaires.

En particulier, les Magistrats de la chambre d'Accusation pourraient, conformément à la loi, inspecter périodiquement les cabinets des juges d'Instruction.

### c) L'égalité devant la loi

Elle sera mieux assurée par :

#### - La suppression des "privilèges de juridiction"

Ces privilèges, instaurés par les articles 679, 681, 687 du Code de Procédure Pénale, ont pour objet de soustraire certains fonctionnaires et élus politiques aux juridictions normalement compétentes : en cas d'infraction, le Parquet doit saisir la Cour de Cassation qui désigne la juridiction d'instruction ou de jugement. Cette Procédure est très longue ; les enquêtes sont souvent bloquées pendant plusieurs années, la répression devient ainsi inefficace, voire inexistante.

Il convient donc de supprimer purement et simplement cette procédure.

Les personnes "privilégiées" auront de toute façon les mêmes droits que les inculpés "ordinaire" : elles pourront demander le dessaisissement d'un Juge d'Instruction à la Cour de Cassation comme le permet l'article 662 du Code de Procédure Pénale.

#### - La suppression des interventions politiques

Cela nécessite une réforme du statut du Parquet : actuellement, les magistrats du Parquet sont soumis au pouvoir hiérarchique du Ministre de la Justice, membre du gouvernement ; par ailleurs la carrière des Procureurs de la République est dans les mains de la chancellerie, qui possède ainsi un moyen de pression pour le moins important.

Le Ministre peut donc par des moyens officiels (instructions écrites ou verbales) ou officieux "convaincre" les Magistrats du Parquet d'éviter ou de freiner les enquêtes pénales qui gênent le gouvernement et ses amis politiques.

Dire qu'il ne cède jamais à la tentation serait se montrer particulièrement optimiste et quelque peu irréaliste.

Plutôt que de compter sur la vertu des hommes politiques et de se fier à leurs déclarations de principes, mieux vaut construire un système qui les mettrait à l'abri des "tentations".

Il est donc nécessaire de modifier le statut du Parquet : en particulier il faudrait introduire une disposition interdisant toute sanction contre un Procureur qui aura exercé des poursuites malgré l'avis contraire du Ministre de la Justice. Par ailleurs, la carrière des Magistrats du Parquet doit être gérée par un organisme indépendant du pouvoir politique.

## CONCLUSION

La procédure pénale s'accommode mal du dogmatisme théorique : un compromis entre la répression et la liberté, entre l'efficacité de la justice et les droits de la défense doit être trouvé. C'est en réformant le Code et non en le bouleversant qu'un système plus équilibré verra le jour.

# ESSAI SUR LA NOTION DE POUVOIR DISCRÉTIONNAIRE DES JUGES DU FOND EN DROIT PRIVÉ

Par

Tanguy BARTHOUIL

*Moniteur d'Enseignement supérieur à la Faculté de Droit et de Science Politique  
d'Aix-Marseille*

## SOMMAIRE

### INTRODUCTION

#### **TITRE I - Ambiguïté et unité de la notion de pouvoir discrétionnaire**

##### **Chapitre I - Recherche de la définition**

- Section I - Hypostases du pouvoir discrétionnaire
- Section II - Entre confusion et assimilation : pouvoir souverain et arbitraire

##### **Chapitre II - Entre implicite et nécessité : motivation et contrôle**

- Section I - Pouvoir discrétionnaire et motivation
- Section II - Du contrôle exercé en cas de pouvoir discrétionnaire

#### **TITRE II - "Provinces" du pouvoir discrétionnaire**

##### **Chapitre I - Le pouvoir discrétionnaire en droit judiciaire**

- Section I - Le pouvoir discrétionnaire indiscuté
- Section II - Le pouvoir discrétionnaire interrogé : du pouvoir discrétionnaire au pouvoir souverain

##### **Chapitre II - Le pouvoir discrétionnaire en droit substantiel**

- Section I - Faiblesse du domaine du pouvoir discrétionnaire indiscuté
- Section II - Réalité du domaine du pouvoir discrétionnaire

### CONCLUSION

## INTRODUCTION

1 - "Par malheur -et il fallait naturellement qu'il en avertît K. dès maintenant- il arrivait souvent que ces premières requêtes ne fussent pas lues par le tribunal. On les classait tout simplement en déclarant que l'interrogatoire (et la surveillance) de l'accusé étaient provisoirement plus importants que tous les écrits. On ajoutait, si le requérant insistait trop, que sa demande serait lue en même temps que tous les autres documents avant le jugement définitif quand le dossier serait complet. Ce n'était, hélas, pas toujours vrai, ajoutait encore l'avocat ; la première requête restait en général dans quelque tiroir où on finissait par la perdre et, même dans le cas où on la gardait jusqu'à la fin, on ne la lisait ordinairement pas comme l'avocat l'avait appris -quoique, à vrai dire, par des bruits plus ou moins autorisés.

Cette situation était regrettable, mais non sans quelque motif. K. ne devait pas perdre de vue que les débats n'étaient pas publics, qu'ils pouvaient le devenir si le tribunal le jugeait nécessaire, mais que la loi ne prescrivait pas cette publicité.

Ainsi les dossiers de la justice, et principalement l'acte d'accusation, restaient-ils secrets pour l'accusé et son avocat, ce qui empêchait en général de savoir à qui adresser la première requête et ne permettait au fond à cette requête de fournir d'éléments utiles que dans le cas d'un hasard heureux. Les requêtes vraiment utiles ne pouvaient se faire, ajoutait Me Huld, que plus tard, au cours des interrogatoires, si les questions que l'on posait à l'inculpé permettaient de distinguer ou de deviner les divers chefs d'accusation et les motifs sur lesquels ils s'appuyaient.

Naturellement, dans de telles conditions, la défense se trouvait placée dans une situation très défavorable et très pénible mais c'était intentionnel de la part du tribunal. La défense n'est pas, en effet, disait encore Me Huld, expressément permise par la loi ; la loi la souffre seulement, et on se demande même si le paragraphe du Code qui semble la tolérer la tolère vraiment." (1).

2 - Évocation d'une justice scandaleusement opaque, d'autant plus odieuse que l'accusé ne s'est rendu coupable d'aucun délit, ni même d'une quelconque faute morale, le roman de Kafka laisse à son lecteur un sentiment de rage et de désespoir face à cette "machine" judiciaire qui écrase de sa toute puissance, et sans donner la moindre explication, les victimes qu'elle choisit (2).

3 - Voltaire, lui, ne se contente pas d'évoquer une justice inique, mais préfère la dénoncer avec force et conviction dans l'espoir d'obliger à un changement.

Nous pouvons en effet lire, sous sa plume, cette conversation entre le musicien français André Destouches et le fonctionnaire siamois Croutef :

"Destouches : Et votre jurisprudence, est-elle aussi parfaite que tout le reste de votre administration ?

Croutef : Elle est bien supérieure ; nous n'avons point de lois, mais nous avons cinq ou six mille volumes sur les lois. Nous nous conduisons d'ordinaire par des coutumes, car on sait qu'une coutume ayant été établie au hasard est toujours ce

(1) Kafka, "Le procès", Folio, 1987, p. 152-153.

(2) Claude David, dans la préface de cet ouvrage, affirme qu'il n'était pas dans l'intention de l'auteur de dénoncer un pouvoir tyrannique, ni de condamner une justice mal faite et propose une explication freudienne selon laquelle Joseph K. ne serait que la projection de l'auteur lui-même en proie à cette époque de sa vie à une culpabilité due à la rupture de ses fiançailles. Néanmoins, comme la préface le souligne avec force, nombreux sont les lecteurs qui voient dans ce roman la présentation familière d'une arrestation et d'un jugement dans un pays totalitaire. Quelle qu'ait pu être la véritable intention de Kafka lorsqu'il écrivit "Le procès", nous pensons pouvoir affirmer que son déroulement reflète parfaitement les méthodes utilisées dans un système arbitraire.

qu'il y a de plus sage. Et de plus, chaque coutume ayant nécessairement changé dans chaque province comme les habillements et les coiffures, les juges peuvent choisir à leur gré l'usage qui était en vogue il y a quatre siècles ou celui qui régnait l'année passée ; c'est une variété de législation que nos voisins ne cessent d'admirer ; c'est une fortune assurée pour les praticiens, une ressource pour les plaideurs de mauvaise foi, et un agrément infini pour les juges, qui peuvent, en sûreté de conscience, décider les causes sans les entendre (...).

(...) Les peuples de Lao (3), nos voisins, n'admettent ni la question, ni les peines arbitraires, ni les coutumes différentes, ni les horribles supplices qui sont parmi nous en usage ; mais nous les regardons comme des barbares qui n'ont aucune idée d'un bon gouvernement ...

Destouches : Dites-moi, je vous prie, par quels degrés on parvient dans Siam à la magistrature.

Croutef : Par de l'argent comptant. Vous sentez qu'il serait impossible de bien juger si on n'avait pas trente ou quarante mille pièces d'argent toutes prêtes. En vain on saurait par cœur toutes les coutumes, en vain on aurait plaidé cinq cents causes avec succès, en vain on aurait un esprit rempli de justesse et un cœur plein de justice ; on ne peut parvenir à aucune magistrature sans argent." (4).

4 - Les critiques du philosophe contre la mauvaise organisation de cette justice sont faites avec une ironie savoureuse mais elles n'en sont pas moins acerbes, fondées et surtout très claires.

Voltaire met en cause le système judiciaire de son époque ; depuis la fin du XVI<sup>ème</sup> siècle, les magistrats, ayant profité des difficultés financières des Valois, étaient devenus propriétaires de leurs charges, les revendaient et s'efforçaient de les transmettre à leurs héritiers (5). Naturellement, ils avaient des intérêts communs à défendre formant, dès cette époque, une classe sociale nouvelle en rivalité avec la noblesse.

Bénéficiant d'un statut privilégié, considérés comme voix qualifiées de la coutume, ou représentants du souverain, source de toute justice, les Parlements ne statuaient pas toujours en droit, *per jus*, mais parfois en équité, et *ex causa*, sans se soucier d'aucune règle (6).

L'opinion publique formulait maintes critiques contre la justice, d'autant que les arrêts n'étaient pas motivés.

5 - *De la motivation*. "Motiver c'est répondre à une seule question : pourquoi ? La motivation apparaît comme la raison, le besoin ou le désir qui pousse à l'accomplissement d'un acte, parfois d'une pulsion qui déborde la volonté libre du

(3) Ils représentent les Anglais.

(4) Fragment d'André Destouches à Siam (1766) d'après Lagarde et Michard, XVIII<sup>ème</sup> siècle, 1980, p. 173-174.

(5) T. Sauvel, "Histoire du jugement motivé", Rev. dt. pub. 1955, p. 26.

(6) T. Sauvel, op. cit., p. 24 ; G. Boyer dans son article "La notion d'équité et son rôle dans la jurisprudence des Parlements" in Mélanges Maury, tome II, rappelle que même si les abus furent assez nombreux pour que se répandît le dicton "Dieu nous garde de l'équité des Parlements", ces derniers gardèrent jusqu'à la fin de l'Ancien Régime le pouvoir de juger en équité. De fait l'emploi de l'équité était contenu dans des limites qui l'empêchaient d'être uniquement un voile commode pour l'ignorance et la partialité du juge. Surtout l'équité ne se confondait pas avec l'arbitraire. La conception de l'équité qui prévaut dès le XVI<sup>ème</sup> siècle, tout en soulignant un aspect humanitaire, tend essentiellement à assouplir l'application du droit en tenant compte des circonstances de temps, de lieu et de personnes. (p. 257).

sujet. Chercher à connaître la motivation profonde revient ainsi à tenter de connaître l'inconscient (7).

Lorsque la cause est mobile, désir, besoin, elle est l'image d'une motivation pulsionnelle ; lorsque la cause est motif déterminant, raison, voire raisonnement, elle est l'image d'une motivation raisonnée. Le rôle du juge n'est-il pas justement d'éviter toute motivation qui serait pulsionnelle pour arriver à une motivation raisonnée, consciente et volontaire ?" (8).

Qu'une décision de justice pour être valable et s'imposer à nous ait besoin d'être motivée, il n'est pas un Français aujourd'hui qui n'en soit intimement convaincu. L'homme de la rue sait au fond de lui-même que, s'il gagne ou perd un procès, le tribunal est tenu de lui dire pourquoi et qu'il est tenu aussi de lui dire en vertu de quelle règle, loi ou règlement, il se prononce de la sorte. On ne peut appliquer une règle sans avoir affirmé qu'elle existe.

C'est là une notion qui nous est si familière, valable en toutes matières, au civil comme au criminel, et devant les tribunaux judiciaires aussi bien que devant les juridictions administratives, que nous croyons la posséder d'instinct et sommes portés à croire qu'elle a toujours existé (9).

Or il n'en est rien.

L'histoire de la motivation nous apprend que la naissance de l'obligation de motiver les jugements fut difficile (10).

Ainsi le *droit romain* ne connaissait pas le jugement motivé (11). Au cours de la *période franque* la procédure devint orale ; la preuve par témoins s'opposait à la rédaction écrite des jugements qui furent eux-mêmes oraux. La contestation sur le sens et la teneur d'une sentence était réglée en faisant appel à la mémoire de ceux qui l'avaient prononcée. Ces règles ont persisté dans le *droit féodal*, en France, jusqu'à la seconde moitié du XII<sup>ème</sup> siècle. Quand ce siècle prend fin, l'existence des premiers *rotuli* est chose certaine (12). Les jugements rendus par la Cour du Roi ont été, dès le moment où ils ont été rédigés, des jugements motivés : pourtant la motivation dont il s'agissait ne cherchait nullement à justifier la décision qui était rendue. Les motifs apparaissent à un moment où l'écrit retrouve sa place, au moment donc où, dans chaque région, on se préoccupe de constater l'existence des coutumes : le jugement motivé fut un moyen de connaissance, le moyen de garder une trace, pour l'avenir, de la coutume (13). Les coutumes étant ainsi de mieux en

(7) Les "études de motivation" ne sont-elles pas présentées comme la clé qui permet d'accéder à l'inconscient du consommateur, d'étudier ses désirs et ses besoins ?

(8) G. Giudicelli-Delage, La motivation des décisions de Justice, thèse, 1979, Poitiers, p. 6, dactyl.

(9) T. Sauvel, op. cit., p. 5.

(10) V. pour ce passage : R. Legros, "Considérations sur les motifs" in La motivation des décisions de justice, Travaux du Centre National de Recherches de Logique, Bruxelles, Bruylant, 1978, p. 7 et s. ; Ph. Godding, "Jurisprudence et motivation des sentences, du Moyen-Âge à la fin du XVIII<sup>ème</sup> siècle", même référence que précédemment, p. 37 et s. ; T. Sauvel, op. cit. ainsi que "Les demandes de motifs adressées par le Conseil du Roi aux Cours souveraines", Rev. hist. du dt. F. et E., p. 529 et s., 1957.

(11) Il convient de remarquer ici que cette absence de motivation de la sentence, ne signifie en rien que la décision était arbitraire ; elle reposait bien sûr des motifs mais qui n'étaient pas exprimés formellement dans la sentence même. Cela se comprend aisément puisque, dans la procédure *formulaire*, le prêteur préparait et faisait accepter aux parties une *formule* qui définissait les deux solutions possibles ; la sentence consistait alors à faire pencher la balance vers l'une ou l'autre de ces solutions. Ce n'était donc qu'un geste pour lequel le prêteur renvoyait à l'une des deux thèses dont il avait surveillé la rédaction, le travail d'information des parties ayant été fait lors de l'élaboration de la formule.

(12) On appelle ainsi des rouleaux de parchemin, les *roles*, sur lesquels le tribunal consigne les jugements rendus par lui.

(13) Nous pouvons constater que jamais jusqu'à cette époque n'apparaît l'idée que les parties pourraient vouloir connaître les motifs de la décision : la motivation n'est jamais destinée à les éclairer ; elle n'est qu'un aide-mémoire destiné au Parlement lui-même ; la motivation a donc aussi pour but de mieux faire ressortir la solution adoptée, qui peut servir de précédent.

mieux connues, la motivation qui n'avait jamais été qu'une simple affirmation, jamais l'exposé d'un raisonnement, disparaît à nouveau au XIV<sup>ème</sup> siècle. La doctrine, sous réserve de quelques cas exceptionnels, est d'ailleurs unanimement défavorable à la motivation des jugements (14). Les praticiens, quant à eux, déconseillent aussi formellement de motiver les décisions ou proposent des formules d'où toute motivation précise est absente.

Un autre facteur essentiel a joué : ces juridictions royales ou princières statuent souverainement car elles représentent la personne même du roi ou du prince, or celui-ci n'a pas à se justifier en prenant une décision. Le roi, par ailleurs, dans les limites de la loi divine et des privilèges de ses sujets, peut rendre justice selon sa conscience, en faisant abstraction des règles, lorsqu'il l'estime nécessaire, pour se conformer à l'équité. Dans ce cas éviter de motiver empêche les justiciables de relever les contradictions pouvant exister entre deux décisions traitant du même problème ; les empêche de contester une sentence rendue en équité contrairement au droit strict ... Ainsi, par souci d'éviter tout contrôle de ses actes, le Parlement de Paris veille-t-il au secret de ses délibérations, des motifs de ses décisions (15).

Au XV<sup>ème</sup> siècle apparaissent les premiers recueils d'arrêts ; à de très rares exceptions près, ce sont des œuvres privées qui sont un reflet fidèle de la jurisprudence des Cours. Il convient de nuancer cette affirmation car, le plus souvent, les auteurs ne reproduisent pas de documents officiels ayant trait au litige, mais se bornent à "rapporter" le cas. La valeur du recueil, en tant qu'il permet de connaître la motivation, dépend donc de l'auteur et du genre de recueil.

Ces recueils d'arrêts vont devenir sans cesse plus nombreux et le mal que se donnent les arrêtiéristes pour restituer les motifs des décisions, lorsqu'ils ne les connaissent pas de science propre, atteste la nécessité de les connaître pour en apprécier exactement la portée : "*Le motif étant l'âme d'un jugement, se servir d'un arrêt sans en rapporter les motifs, c'est se servir d'un corps sans âmes*" (16). Les praticiens (juges des juridictions subalternes, les avocats...) désireux de se régler sur la jurisprudence des Cours et Parlements, étaient parmi les plus intéressés à l'introduction d'une obligation de motiver. À l'inverse, les magistrats des juridictions suprêmes continuaient de considérer comme un de leurs privilèges le pouvoir de rendre des sentences sans avoir à les motiver.

Dès 1560, les États Généraux, par la voix de la noblesse, demandent la suppression des arrêts non motivés, sans résultat. En 1614, c'est le Tiers-État qui réitère cette demande, en vain. Ainsi l'opinion publique paraît sensibilisée au problème et pourtant les "philosophes" s'y intéressent peu : Montesquieu étudie certes la jurisprudence, mais pas sous l'angle de la motivation, lui attribuant un rôle statique qui est de permettre de ne pas s'écarter des solutions admises par le passé (17). Voltaire pourtant se demande à propos des décisions rendues en matière pénale :

(14) Jean André († 1348) traite de *fatuus*, insensé, le juge qui motiverait sa sentence étant donné le risque d'un motif critiquable. Cf. Ph. Godding, op. cit., p. 49.

(15) Cette même tendance s'est manifestée dans toute l'Europe à cette époque ; pour de plus amples développements cf. Ph. Godding, op. cit., p. 52 et s. En France, le jugement sans motif naît au XIV<sup>ème</sup> siècle, au moment où le pouvoir royal s'affermirait et se définit. Corollaire de cette définition, il va devenir avec le temps, à mesure que les Parlements s'éloignent du Roi, un véritable privilège des gens de justice. Ceux-ci, qui se disaient les "pères de la patrie" et qui ont été souvent en désaccord avec le pouvoir royal, n'ont jamais songé à porter remède à un mal dont ils étaient les auteurs.

(16) C.-J. De Ferrière par Ph. Godding, op. cit., p. 65.

(17) Une critique peut être adressée à Montesquieu qui affirmait que les décisions des tribunaux "*doivent être conservées, doivent être apprises, pour que l'on y juge aujourd'hui comme l'on y jugea hier*" car il ne suffit pas de juger comme hier, il faut pouvoir juger autrement, en reprenant les idées d'hier et en les appliquant à d'autres difficultés. Et c'est précisément en vue de ce travail d'adaptation, de ce progrès qu'il est opportun de connaître les raisons des jugements déjà rendus.

"Enfin, pourquoi, dans certains pays, les arrêts ne sont-ils jamais motivés ? Y a-t-il quelque honte à rendre raison de son jugement ?" (18). Ce sont les règles barbares de la justice répressive où tout se liguait contre l'accusé, puisque l'instruction était secrète, aucun conseil n'était admis, l'accusé n'avait aucun droit de citer des témoins à décharge, était soumis à la *question préparatoire*, qui suscitèrent tardivement certes, mais de manière violente, les réactions les plus fortes pour exiger la suppression du "*jugement secret terminant une instruction secrète*" selon le mot de Condorcet (19).

Ces critiques aboutirent à la suppression de la question par un édit du 8 mai 1788 qui dans son article 5 disposait que "*tout arrêt (...) énonce et qualifie expressément les crimes et délits*". De ce jour les idées nouvelles avaient gagné. La motivation naissait enfin et le principe ne fut plus remis en question.

Cependant motiver en l'espèce c'était *qualifier*, il ne s'agissait nullement d'une argumentation en fait et en droit démontrant l'existence d'un crime, il s'agissait seulement de dire quel acte était reproché à la personne accusée.

Avec la *Révolution*, motiver signifie viser le texte de la loi : le motif devait servir non à faire connaître la loi -qui était cette fois connue- mais à donner la preuve que le juge l'appliquait bien. Motiver signifie : donner l'indication, la teneur du texte de loi. C'est cette conception qui domine dans le décret de la Constituante des 16-24 août 1790 sur l'organisation judiciaire qui énonce, à propos des juges d'appel, les différentes parties des jugements : "*dans la troisième, le résultat des faits reconnus ou constatés par l'instruction, et les motifs qui auront déterminé le jugement seront exprimés*" (Titre V, art.15).

*L'acception actuelle* n'a véritablement été reçue, dans le droit positif, qu'avec la Constitution du 5 Fructidor An III qui, pour la première fois, distinguait expressément les motifs de la citation des termes de la loi (20). La prescription de l'art. 208 est par ailleurs plus générale que celle de 1790 puisqu'il dispose que les jugements "*sont motivés et (qu'on y énonce les termes de la loi appliquée*". Ce que pose enfin la Constitution de l'An III c'est l'obligation pour le juge de fournir les raisons qui l'ont conduit à prendre sa décision.

La loi du 20 avril 1810 disposera par la suite en son art. 7 que "*les arrêts (...) qui ne contiennent pas les motifs sont déclarés nuls*". L'obligation de motiver est devenue générale (21) et son non respect sanctionné par la nullité.

Le fait que l'on ait si longtemps entendu, par motifs, la constatation de la règle de droit, ou bien l'énoncé des termes de la règle de droit manifeste au plus haut point les difficultés que les légistes ont eu à discerner ce qui sépare le fait de viser une règle de droit, d'appuyer sur elle le dispositif du jugement, cette règle étant la même quelle que soit la décision du juge, quelle que soit la partie gagnante, et le fait d'exprimer les motifs qui servent à dire comment et pourquoi cette règle fait gagner l'un des plaideurs. Ce qu'apporte la terminologie, par l'intermédiaire de l'histoire, c'est une sorte de mise en garde : la motivation est un instrument de politique judiciaire qui apparaît lorsqu'il est nécessaire (nécessité de connaître la coutume...) et disparaît lorsqu'il n'est plus utile.

(18) Voltaire, "Commentaire sur le livre des délits et des peines" (de Beccaria), Chapitre XXIII, Mélanges, Ed. de La Pléiade, 1965, p. 825.

(19) T. Sauvel, "Histoire du jugement motivé", Rev. dt. pub. 1955, p. 39.

(20) G. Giudicelli-Delage, op. cit., p. 42 et s.

(21) Ce principe concerne aujourd'hui toutes les juridictions ; il est repris : dans les articles 455, qui abroge l'art. 7 de la loi de 1810, et 458 du N.C.P.C. ; 485 et 593 du Code de procédure pénale ; R.172 du Code des Tribunaux administratifs. C'est donc en France une obligation légale à la différence des pays anglo-saxons. Cf. G. Giudicelli-Delage, op. cit., p. 10.

La motivation est à multiples facettes ; suivant les époques, les régimes, la terminologie, son rôle, ne sont pas les mêmes. Elle apparaît et disparaît au gré des besoins politiques et techniques et son absence ou sa présence servent ces besoins.

L'histoire nous apprend à nous méfier de la motivation. Elle a bien trop de significations, bien trop de rôles.

Nous méfier peut-être, cela ne signifie pas nier la motivation dont la fonction première, incontestable, est d'assurer que le juge n'abuse pas du pouvoir qui lui a été confié, qu'il respecte les limites que la loi lui a imposées, de permettre un contrôle de la légalité de la décision prise. Ainsi en tant qu'instrument de soumission des juges la motivation est sûre.

6 - *La négation du pouvoir du juge : le référé législatif* - Cela les Révolutionnaires l'ont bien compris. Aussi la portée de l'obligation de motivation vise-t-elle essentiellement à soumettre les juges, trop indépendants, à la volonté de la nation, c'est-à-dire, à celle du législateur qui l'incarne. Le Tribunal de cassation instauré par la loi du 27 nov.-1<sup>er</sup> déc. 1790, -donc à la même époque que l'obligation de motiver- fut chargé de veiller à ce que les Cours et Tribunaux, chargés d'appliquer la loi, expression de la volonté nationale, n'usent pas de leur pouvoir en la violant.

La motivation, telle qu'elle a été conçue par le Constituant, devait garantir au pouvoir législatif l'obéissance *inconditionnelle*, voire aveugle, des juges à la loi (22) afin, comme l'affirmait Montesquieu dans "L'Esprit des lois", que le juge ne soit que "la bouche qui prononce les paroles de la loi" (23). Ainsi l'opinion dominante quant à la place du juge est que "la loi souveraine ne peut avoir que des serviteurs muets" (24). Juger devient alors la simple lecture de la loi, après la constatation d'un fait, ou terme d'un strict syllogisme. Le juge est ainsi transformé en véritable automate, il devient transparent car à travers lui ne doit s'exprimer que la loi.

Bouchotte précise qu'on "ne saurait trop répéter aux juges qu'ils ne sont que les organes de la loi et qu'ils doivent se taire quand elle a parlé" (25).

Cette conception implique que la loi fournit la solution à chaque cas litigieux, qu'elle ne comporte ni lacunes, ni antinomies et qu'elle ne donne pas lieu à interprétation. Le juge, en appliquant la loi, n'avait pas à se demander si la solution était équitable ou socialement admissible car seul le législateur avait à décider du juste et de l'injuste. En cas de doute, le juge était censé se référer au législateur : l'art. 12, titre II, de la loi des 16-24 août 1790 institua à cet effet le "référé législatif", exigeant que le Tribunal de Cassation soumette les dispositions à interpréter au Corps législatif (26) qui faisait une loi interprétative liant le juge.

Cette institution ne se comprend, comme le remarque Y.-L. Huftreau, que par référence au passé et à la psychologie propre à tout législateur qui se propose de tenter une œuvre quelque peu vaste : cette psychologie traduit l'hostilité vis-à-vis de toute interprétation jugée *a priori* corruptrice (27). L'art.12 est certes une manifestation d'hostilité mais c'est avant tout une disposition protectrice d'une législation

(22) Chaïm Perelman, "La motivation des décisions de justice, essai de synthèse" in La motivation des décisions de justice, et, pub. par Chaïm Perelman et P. Foirers, Bruxelles, Bruylant, 1978, p. 418.

(23) V. Dominique Manai, "Le juge entre la loi et l'équité", éd. Payot, Lausanne, 1985, p. 64.

(24) Cf. M. Verpeaux, "La notion révolutionnaire de juridiction", Rev. des N° 9, 1989, p. 39.

(25) Archives parlementaires, tome 16, p. 704, séance du 5-VII-1790.

(26) Y. L. Huftreau nous indique que l'expression "référé législatif" n'apparaît point dans la loi, qu'elle n'a, semble-t-il, pas été employée lors des débats parlementaires, que cette dénomination est une création du Palais. Cf. "Le référé législatif et les pouvoirs du juge dans le silence de la loi", P.U.F. Série Droit privé, N° 2, 1965, p. 3.

(27) Justinien avait eu ce sentiment que Napoléon devait connaître : sa réflexion devant le premier commentaire de son Code Civil est dans toutes les mémoires.

qui bouleversait les structures politiques et sociales de la France. L'Assemblée n'entendait nullement voir son œuvre frappée d'inefficacité, du fait de dispositions particulières prises par les Tribunaux. C'est dans cette atmosphère politique et passionnée où l'on parlait moins de jurisprudence que de pouvoir judiciaire, qu'il faut replacer l'adoption par les Constituants du référé législatif. Si les Parlements s'étaient contentés d'interpréter les lois et de faire des règlements sur des matières juridiques et non politiques, il n'y aurait jamais eu de référé législatif.

7 - *L'inévitable pouvoir créateur de la jurisprudence* - Avec le temps, le discours juridique révolutionnaire s'assouplit ; la croyance dogmatique en l'omnipotence de la loi en tant qu'expression de la raison naturelle et universelle se relativise. Aussi le Tribunal de Cassation, initialement investi du seul pouvoir de casser les jugements contenant une contravention claire et précise à la loi, c'est-à-dire "dont les dispositions sont tellement opposées à celles de la loi qu'elles se détruisent" (28), qui n'avait pas besoin de motiver une cassation que l'évidence imposait, mais désireux d'accroître son rôle, abroge le 15 Floréal an IV l'art. 12 titre II de la loi des 16-24 août 1790 en utilisant le texte même de la loi qui interdisait aux juges d'interpréter (29).

Ainsi c'est par une motivation que fut abrogé un article de la loi et, dès lors, le Tribunal de Cassation tend à devenir le régulateur de l'interprétation, mais, pour pouvoir remplir cette fonction, il est nécessaire que ses décisions soient suffisamment motivées de façon à servir de guides aux tribunaux du fond. Les référés législatifs disparurent au profit d'une jurisprudence régulatrice et créatrice, œuvre de la Cour de Cassation. Il faut remarquer que l'autorité des arrêts rendus ne provient d'aucune délégation législative : le législateur n'a rien délégué, il a abandonné l'exercice systématique de l'interprétation. Par la loi du 1er avril 1837, la Cour de Cassation n'a fait que recevoir la consécration du pouvoir d'unifier l'application et l'interprétation qu'elle avait conquis.

"Curieux instrument, en effet, que cette motivation qui est tout à la fois instrument de contrôle des juges -donc d'une certaine soumission- mais aussi instrument de leur liberté et de leur pouvoir. La justification des tribunaux inférieurs n'est pas illusoire puisqu'elle permet d'assurer que l'interprétation qu'ils donnent est conforme à celle des tribunaux supérieurs, il n'en reste pas moins vrai que le juge du fond tire un certain pouvoir de la motivation qui, si elle est bonne, lui permettra, parfois, de se soustraire à une cassation et, toujours, de mieux asseoir l'autorité de sa décision.

Instrument de liberté et de pouvoir des juges suprêmes, la motivation l'est encore plus indéniablement : motiver est lutter contre l'abus de pouvoir or les limites qui empêcheraient les juges suprêmes d'abuser ne sont que théoriques puisqu'ils sont libres de leur décision, libres de sa motivation : aucune censure ne les guette. Dans ce cas-là, la motivation cherche à faire illusion, elle est une tenta-

(28) V. G. Giudicelli-Delage, thèse précit., p. 35.

(29) "Attendu que l'arrêté du Tribunal du département du Gard (...) faisant un référé au législateur dans une affaire soumise à la décision dudit tribunal, il s'est par là dépouillé des fonctions judiciaires dont il était revêtu, pour les attribuer au Corps Législatif qui ne peut pas les exercer (...), attendu que si les tribunaux ordinaires avaient le droit de référer autrement que par la correspondance avec le ministre de la Justice, ce ne pourrait être que pour demander ou une loi générale, ou l'interprétation d'une loi applicable à des cas à venir mais non à des cas arrivés puisque alors cette loi ne pourrait s'y appliquer que par un effet rétroactif ; attendu que les tribunaux, saisis d'une contestation doivent y statuer ; que s'ils le font conformément à la loi, le jugement est exécuté, que s'ils y contreviennent, il est sujet à cassation et que s'ils refusent de juger, ils commettent un vrai déni de justice" extrait du Journal de justice civile, militaire et criminelle, t. I, p. 328, V. Y.-L. Huftau, op. cit., p. 78.

tive pour établir la nécessité de la décision prise, pour prouver qu'elle ne pourrait être autre. En réalité, il y a bien pouvoir et la fonction de la motivation est justement d'en dissimuler l'existence, la nature et le mode d'exercice, en faisant croire que la décision n'est qu'interprétation d'une norme légale" (30).

"Le paradoxe est d'importance : la France a instauré la motivation et la cassation afin d'asseoir le triomphe de la loi, afin que le pouvoir législatif fût le seul atelier de fabrication du droit.

Or, ce faisant, elle adoptait l'acte fondateur du grand atelier rival... À l'époque, personne ne l'avait vu, sauf Portalis bien entendu qui affirmait" (31) : *"Nous raisonnons comme si les législateurs étaient des Dieux et comme si les juges n'étaient même pas des hommes. De tous temps on a dit que l'équité était le supplément des lois... C'est toujours parce que la loi est insuffisante qu'il y a matière à litige (...). Pour que les affaires de la société puissent marcher, il faut donc que le juge ait le droit d'interpréter les lois et d'y suppléer (...). Un juge est associé à l'esprit de la législation"* (32).

"La vérité est qu'il n'existe aucun moyen d'empêcher le phénomène de la jurisprudence. Les révolutionnaires, nous l'avons vu, y ont piteusement échoué avec leur essai de référé législatif. N'y a-t-il pas place pour une mutuelle correction de la jurisprudence par la législation et de la législation par la jurisprudence ? Le juge et la loi sont deux puissances qui doivent se respecter mutuellement et lorsque leur conception sur un point diverge, celui qui cède est le premier qui prend conscience que la solution de l'autre revêt un caractère à peu près inéluctable ! Et rien ne permet d'affirmer que ce soit plus souvent le juge que le législateur" (33).

8 - *La mission du juge* - Ainsi le juge est plus qu'un simple serviteur de la loi. Sa mission est d'appliquer le droit : dans cet esprit, l'art. 12 (al. 1) du N.C.P.C. énonce comme principe directeur du procès civil que le "juge tranche le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables". La violation d'une règle de droit est non seulement en appel un motif de réformation, mais, devant la Cour de Cassation, un cas d'ouverture du pourvoi en cassation.

Ce faisant le juge est souvent placé devant la nécessité d'interpréter la règle de droit parce que le texte de loi est obscur ou équivoque, la règle incertaine. Quand on sait que la portée d'un texte dépendra du seul sens d'un mot, on devine la richesse de l'apport du juge dans l'exercice de sa mission d'interprète. L'art. 4 du Code civil l'obligeant à statuer, il faudra bien, en ce cas, qu'il élabore sa solution, et que dans la motivation de son jugement, il cherche à la justifier. Il n'énoncera pas une nouvelle règle de droit comme le ferait le législateur, mais il lui faudra inventer, innover et l'on aperçoit la part créatrice que lui offre, à l'occasion, l'obligation *"de rendre justice à qui a demandé justice"* (34).

Au-delà de cette mission ordinaire, traditionnelle, d'application du droit -qui lui offre, nous l'avons vu, la possibilité d'aider à l'adaptation de la norme générale,

(30) Cf. G. Giudicelli-Delage, thèse précité, p. 657-658.

(31) Ph. Jestaz, "La jurisprudence, ombre portée au contentieux", D. 1989, Chron. XXIII, p. 151.

(32) Discours préliminaire prononcé le 24 Thermidor an VIII, P.-A. Fenet, Recueil complet des travaux préparatoires du C. civ., tome VI, Paris, Videcoq, 1836, p. 359 et 361. D'autres Constituants tels Garat, Fréteau, Thouret pensent aussi que toute conception trop rigide de la loi se heurtera à des difficultés insolubles. Cf. M. Verpeaux, op. cit., p. 42-43.

(33) V. l'admirable réflexion de Ph. Jestaz sur la jurisprudence, source de droit : "La jurisprudence ; réflexions sur un malentendu", D. 1978, Chron. III, p. 11 ; ainsi que "La jurisprudence, ombre portée au contentieux", précité.

(34) Pour toute cette évocation de la mission du juge, v. G. Comu "Droit civil. Introduction au droit. Les personnes. Les biens", éd. Montchrestien, Précis Domat, 3<sup>e</sup> éd., 1988, p. 66 et s.

jouant un rôle indispensable d'intermédiaire entre la situation qu'il a à juger et la règle qui s'y applique-, le juge en a une seconde moins apparente, moins habituelle, que M. Cornu qualifie de "*complètement*" du droit. Le juge est en effet appelé, dans certains cas spécifiés, non plus à appliquer les règles de droit mais "*à en compléter les lacunes intentionnelles, ou à en corriger la rigueur excessive*". Ainsi l'art. 6 du C. civ. interdit de déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent *l'ordre public et les bonnes mœurs* : or il n'existe pas de définition légale de ces deux "*notions-cadre*" que le juge a pour mission d'actualiser en les précisant (35). Le législateur agit ainsi à dessein, investissant le juge d'une sorte de délégation. Ce dernier est alors beaucoup plus qu'un interprète puisque "*la détermination de la règle ne peut être faite sans lui*".

Mais il y a plus car pour préciser ces notions, intentionnellement vagues, le juge est appelé à s'inspirer de considérations extra juridiques. Il va tenir compte des usages, des mœurs, de considérations sociales ou économiques, des circonstances, etc....

Combien nous sommes-nous éloignés de la conception révolutionnaire du rôle imparti aux juges ! Pourtant nous devons nous en écarter plus encore en constatant que *le jugement d'équité* existe aujourd'hui dans notre droit.

9.- *Quid de l'équité ?* Les Français se méfiaient jadis de l'équité de leurs Parlements. "Aussi ont-ils pourchassé celle-ci sans s'apercevoir que l'équité par définition ne tirait pas à conséquence. Mais ils n'ont pas pressenti le phénomène inverse, que l'obligation de motiver en droit fait fleurir aujourd'hui, celui du "*jugement exemplaire*", qui consiste à commettre délibérément une injustice dans le cas particulier parce que le juge, au-delà de ce cas, prend en considération une situation générale qui, en toute justice, appelle une certaine motivation de principe. Alors peut-être faudrait-il changer la maxime : "Dieu nous garde de l'inéquité des tribunaux" (36).

L'équité consiste, en substance, à amender le droit pour éviter une injustice particulière pourtant, même si parmi les adversaires du droit non écrit, les plus avisés admettent que l'interprète puise dans sa conscience, ou dégage de l'observation de la vie des "*indications*" afin de subvenir aux lacunes inévitables du droit positif, cette concession n'est faite qu'à regret, comme inévitable et l'on cherche à en diminuer la portée, en se persuadant, plus ou moins sincèrement, que l'équité se rencontrera toujours, au moins en germe, dans la loi elle-même. (37).

Or l'équité n'est pas le produit d'un sentiment vague de justice, donnée subjective et variable abandonnée à l'arbitraire du juge. Même si l'on croit que le sens de l'équité est une donnée de réflexion ; même si le jugement d'équité passe nécessairement cas par cas, par une décision individuelle, elle ne vient pas de lui. L'équité est une donnée objective et universelle qui exige qu'il n'y ait pas, dans le traitement de choses semblables, de différences excessives (38).

Les définitions de l'équité sont multiples mais une idée fondamentale s'en dégage : la loi est générale et l'équité particulière. Et l'ambiguïté de la justice

(35) Il en va de même pour la notion de "bon père de famille" à laquelle l'art. 1728 C. civ. fait référence ; ou pour celle "d'intérêt de la famille" évoquée par l'art. 1397 du même code.

(36)-Cf. Ph. Jestaz ; op. cit., D. 1987, chron. III, p. 17.

(37) F. Gény, "Méthode d'interprétation et sources du droit privé", réédition 1954, L.G.D.J., Paris, p. 39.

(38) Pour quelques réflexions approfondies sur l'équité, v. D. Manai précit., p. 60 et s. ; J.-P. Legros, "Essai sur la motivation des jugements civils", thèse, Dijon, 1987, p. 540 et s. ; P. Sanz de Alba, "Sur quelques aspects de l'équité", thèse, Aix, 1980 ; G. Cornu, op. cit., p. 68 et s. ; G. Boyer, "La notion d'équité et son rôle dans la jurisprudence des parlements", Mélanges Maury, tome II, p. 257 ; Ph. Jestaz, précit., D. 1987, chron. III, p. 17 ; P. Bellet, "Le juge et l'équité", Mélanges Rodière, p. 9.

humaine, telle qu'elle s'accomplit devant des arbitres ou des juges, résulte de ce qu'elle a une double fonction, individuelle et générale, et que pour tenter de concilier l'intérêt général et l'intérêt particulier, elle tente de les combiner, ce qui a fait dire que "la justice était la somme de l'égal et du légal" (39).

À la différence de certaines législations étrangères (40), le droit français n'a pas investi le juge d'un pouvoir d'équité car, héritage de la Révolution, notre système juridique interdit au juge, *en principe*, de déroger à la loi pour des raisons d'équité, se référant à une notion de l'équité qui est celle d'un jugement de faveur à l'adresse d'un privilégié. Certes l'intérêt général coïncide le plus souvent avec les intérêts particuliers mais il existe toujours des cas exceptionnels où l'un et l'autre s'opposent. C'est pourquoi le juge français reçoit, dans certains cas, de la loi un "*pouvoir modérateur*" (41) par l'utilisation duquel il fait fléchir la rigueur, jugée excessive, du droit strict.

D'une manière générale, le sentiment de devoir rendre une justice d'équité est ancré dans la conscience du juge.

La Cour de cassation, elle-même, placée à la tête du corps judiciaire "*comme une sentinelle avancée du pouvoir législatif*" (42), a souvent envie d'être "équitable", d'agir par pitié, ou par émotion, pour assurer le triomphe du juste ou réparer une iniquité manifeste. Elle ne le fait pas car les règles de fonctionnement de la justice, à son niveau, ne le permettent pas, cependant l'émotion suscitée dans l'esprit de ses membres par un cas inique, leur permet de découvrir l'inadaptation ou le vieillissement d'une loi, et leur donne non seulement l'envie, mais encore les moyens d'imaginer une interprétation nouvelle de la loi, qui va s'insérer dans la jurisprudence et devenir une règle générale meilleure (43).

Ainsi l'équité devant la Cour de cassation se fonde-elle en droit mais existe bien : le pouvoir d'appréciation du juge est ainsi le nécessaire complément de la loi.

10 - *Raison d'être du pouvoir d'appréciation du juge* (44) Traditionnellement, le pouvoir d'appréciation du juge a toujours été envisagé par opposition au système légaliste car, dans la tradition absolutiste, la libre appréciation est synonyme de puissance personnelle qui n'a pas de limite (45). La légalité s'est donc constituée comme un contre-pouvoir à l'arbitraire avec cette tendance à évacuer tout pouvoir d'appréciation (46).

La juste attitude, en vérité, est de réconcilier les termes de la contradiction en laissant place à un pouvoir d'appréciation au sein même d'un système légaliste qui en principe devrait le rejeter (47). Car ce pouvoir d'appréciation ne se situe pas sur le terrain de la philosophie du droit, mais bien plutôt sur celui du fonctionne-

(39) P. Sanz de Alba, *op. cit.*, p. 24.

(40) Cf. art. 4 C. civ. suisse qui dispose : "Le juge applique les règles du droit et de l'équité, lorsque la loi réserve son pouvoir d'appréciation ou qu'elle le charge de prononcer en tenant compte soit des circonstances, soit de justes motifs."

(41) Cf. art. 1579 C. civ. qui permet au juge de corriger, après coup, les règles d'évaluation relativement compliquées du régime de participation aux acquêts ; de même l'art. 1152 al. 2 du même code qui confère au juge le pouvoir de modérer la clause pénale manifestement excessive ou dérisoire.

(42) P. Bellet, *op. cit.*, p. 11.

(43) P. Bellet, p. 12.

(44) Nous entendons ici parler du juge au sens générique, c'est-à-dire par opposition au législateur et non pas des juges du fond par rapport à la Cour de cassation.

(45) D. Manā, *précit.*, p. 18.

(46) Si l'on en croit l'expérience de l'ex-Union Soviétique, où régnait nominalement le principe de légalité, il est légitime de se demander si la légalité poussée à son paroxysme est bien un contre-pouvoir à l'arbitraire !

(47) Cf. les notions juridiques floues évoquées dans la note 41.

ment réel du système légaliste : alors seulement l'appréciation, réglementée par des normes juridiques, ne sera plus l'équivalent de l'arbitraire, mais au contraire l'instrument de l'adaptation du système légal aux innovations extra-juridiques imprévisibles, un moyen permettant au système juridique de demeurer fidèle à ses prémisses (48).

Pour toutes ces raisons, la lutte menée, par les Constituants, contre la jurisprudence, était perdue d'avance. Le Tribunal de cassation s'empara du pouvoir d'interprétation et d'unification dont on l'avait privé. Il devint la Cour de cassation, juridiction suprême régulatrice et indépendante, exerçant sans partage son autorité sur les juridictions du fond.

11 - *Du contrôle de la Cour de cassation* - Définie à l'origine comme "la constance dans la doctrine, la profonde connaissance de la loi, l'éloignement parfait de l'intérêt des justiciables" (49), elle n'était par conséquent pas un juge mais un gardien du droit, censurant dans l'intérêt de la loi, et non pas du justiciable, uniquement les "violations de formes et la contravention expresse à la loi" (50). Deux cas d'ouverture à cassation existent à l'origine mais très tôt la Cour suprême a manifesté une tendance constante à élargir le champ de son contrôle : dès lors que les tribunaux ont eu le pouvoir d'interpréter la loi, elle a porté ce dernier sur l'exacte interprétation de la loi ; et comme par ailleurs le droit avait été unifié par les codifications napoléoniennes, elle devint gardienne de l'unité de cette interprétation.

Aussi aujourd'hui exerce-t-elle :

- un contrôle formel : qui tend à assurer l'observation des grands principes qui régissent notre procédure aussi bien que les prescriptions de pure procédure, et dont la méconnaissance constitue une violation de la loi.

- un contrôle logique : de la *motivation* (51) qui doit être véritable et non par une simple affirmation, ni être constituée de motifs hypothétiques ou dubitatifs ; du *défaut de réponse à conclusions* (52) considéré comme s'apparentant à un défaut de motifs et qui peut donner lieu à censure pour violation des droits de la défense, ou aussi pour manque de base légale si le point invoqué par une partie, et délaissé par la juridiction, était nécessaire à la justification en droit de la décision (53) ; de la *dénaturation* (54) qui consiste à donner à un écrit clair et précis un sens qu'il n'a pas.

Il est courant d'appeler *disciplinaire* le contrôle de la motivation et de la non dénaturation car c'est en vertu de son autorité hiérarchique que la Cour de cassation, *débordant du rôle strictement juridique qui lui était primitivement assigné*, en est venue à apprécier, du seul point de vue rationnel, la valeur du raisonnement suivi par les juges du fond, ou substituer, à la lecture qu'ils ont faite d'un écrit, sa propre lecture.

- un contrôle normatif qui correspond au contrôle de *légalité* proprement dit, c'est-à-dire porte sur le point de savoir s'il a été bien ou mal jugé par application

(48) D. Manai, précit., p. 26.

(49) Clermont-Tonnerre, par J. Bel, "Le bicentenaire de la Révolution : retour aux sources pour la Cour de cassation", D. 1989, chron. XIII, p. 105.

(50) L'art. 7 de la loi du 20 avril 1810 disposait en effet : "La justice est rendue souverainement par les Cours d'appel, leurs arrêts quand ils sont revêtus des formes prescrites à peine de nullité ne peuvent être cassés que pour une contravention expresse à la loi".

(51) V. E. Tourmon, "Le défaut de motif, vice de forme des jugements", J.C.P. 1946, doct. 553.

(52) V. J. Voulet, "Le défaut de réponse à conclusions", J.C.P. 1965, I, 1912.

(53) V. H. Motulsky, "Le manque de base légale, pierre de touche de la technique juridique", J.C.P. 1949, doct. 774.

(54) J. Voulet, "Le grief de dénaturation devant la Cour de cassation", J.C.P. 1971, I, 2410.

faite d'une règle de droit, autre que procédurale, ou par l'interprétation donnée à celle-ci (55).

Depuis 150 ans environ, les contrôles se sont accrus en s'ajoutant les uns aux autres, surtout dans les secteurs spéciaux du droit et à la faveur, précisément, de leur spécialité. Comment cette extension du contrôle a-t-elle été possible ? N'y a-t-il donc aucune frontière entre les pouvoirs des juges du fond et ceux de la Cour suprême dont on a dit que, juge du droit, elle ne pouvait connaître du fait ? L'extension de ce contrôle sans cesse plus approfondi, plus proche des constatations de fait opérées par les juges du fond (56), est-elle compatible avec la mission de la juridiction suprême ?

Questions importantes et pourtant il n'est pas certain qu'une synthèse des différents aspects du contrôle exercé par la Cour de cassation apporterait de réponse satisfaisante ni se justifierait par le résultat que l'on pourrait en tirer : un tel inventaire ne serait valable qu'à un moment donné et serait bien vite démodé car le *"propre du contrôle est sa variabilité en fonction des nécessités sociales, humaines ou économiques"* (57).

Pour cette raison, affirmer, sans nuance, que le critère de distinction entre les pouvoirs des juges du fond et de la Cour suprême, est le fait d'un côté, le droit de l'autre, est irréel. Il n'est d'ailleurs pas possible d'induire de la jurisprudence de la juridiction suprême un critère de la distinction du fait et du droit. En réalité, elle définit elle-même les limites de son pouvoir de contrôle et, comme elle est juge du droit, *"c'est par métonymie qu'on qualifie droit le domaine de ce contrôle et fait tout le reste, qui lui échappe. Les dénominations fait et droit ne sont que des métaphores"* (58). Par ailleurs, du fait pur au droit pur existe une gamme de nuances au centre de laquelle il est impossible de savoir si la notion de droit l'emporte sur le fait, et, partant, s'il doit ou non y avoir contrôle. Le rôle de la Cour suprême ne consiste pas, en vérité, à monter la garde statiquement à une frontière qui apparaît pour le moins indéfinissable : elle ne se comporte pas et ne doit pas se comporter en *"douanier du droit"* (59).

Si la distinction du fait et du droit a pu être le critère du contrôle par le passé, il n'en est plus ainsi en matière civile (60) à la différence de ce qui subsiste en matière criminelle (61). La mission de la Cour est d'essence nécessairement *politique* au sens strict du terme et consiste non seulement à unifier la jurisprudence mais encore à *"favoriser l'évolution de la législation"* (62).

(55) Nous nous sommes inspiré pour cette présentation de l'article de A. Perdreau "Le contrôle de la Cour de cassation en matière de faillite", J.C.P. 1987, I, 3288 ; v. aussi E. Serverin "De la jurisprudence en droit privé : théorie d'une pratique", P.U. de Lyon, 1985, p. 247 à 284.

(56) V. J. Bel, op. cit., p. 105, qui critique "le manque de base légale, cas d'ouverture à cassation par lequel le fait s'est engouffré dans le contrôle de l'application du droit".

(57) J. Jonquères, "Le contrôle de la constatation de fait par le juge de cassation", Journées de la Société de législation comparée, année 1980, Litec 1981, p. 136.

(58) R. Martin, "Les faits et le droit ou les parties et le juge", J.C.P. 1974, I, 2625, N° 33.

(59) J. Jonquères, op. cit., p. 137.

(60) Cette distinction s'est heurtée à la diversité des angles sous lesquels peut être considéré un même fait. D'où la difficulté rencontrée pour les identifier à des notions de droit preconçues : l'exemple typique est le fait qui devient faute selon une appréciation qui n'est plus matérielle mais morale ou légale : il appartient aux juges du fond de constater les circonstances d'où dérive la responsabilité due à un fait dommageable, mais l'appréciation à laquelle ils se livrent, en imprimant à ces circonstances le caractère légal d'une faute, est susceptible d'être révisée par la Cour suprême.

(61) V. sur la distinction du fait et du droit : H. Motulsky, "La cause de la demande dans la délimitation de l'office du juge", D. 1964, p. 235 ; M. Rotondi, "Considérations en fait et en droit", R.T.D.C., 1977, p. 1 ; Ch. Atias et D. Linotte, "Le mythe de l'adaptation du droit au fait", D. 1977, chron. XXXIV, p. 251 ; Ch. Atias, "Epistémologie juridique", P.U.F., 1985, spécialement p. 123 à 144 ; R. Martin, op. cit., ainsi que "Retour sur la distinction du droit et du fait", D. 1988, chron. XLVIII, p. 272.

(62) J. Jonquères, précit., p. 138.

Démarche opportuniste et empirique de la Cour qui reste cependant fidèle aux principes qui sont l'essence même de son institution : en effet, même si cette question est rarement évoquée, elle opère une gradation dans l'exercice de son contrôle exerçant un contrôle "lourd" dès lors que le problème posé est de pur droit ; un contrôle "léger", par petites touches, dès lors qu'il s'agit d'une zone où la qualification est dans la dépendance de la constatation de fait. Ainsi le contrôle est-il d'autant plus léger que la part faite au juge du fond est plus grande.

L'histoire nous enseigne que l'évolution se concrétise par une attention accrue constamment portée par la Cour aux constatations de fait. Le recours en cassation est apparu au fil du temps "*moins comme un acte de puissance publique et davantage comme répondant à l'intérêt des particuliers*" (63). Le danger d'une telle politique étant que la Cour de cassation incline à un élargissement sans cesse plus grand de son contrôle, ce qui, en la transformant en troisième degré de juridiction, serait "*le plus sûr moyen de saper l'institution et de ruiner son prestige*" (64).

Remarque pleine d'à propos à l'heure où notre juridiction suprême envisage de limiter son contrôle en raison de l'encombrement dont elle souffre.

12 - "*La Cour de cassation en crise*" (65) - L'inquiétude est unanime face à l'encombrement chronique de la Cour suprême dont les dirigeants sont obligés "*au miracle permanent et obligatoire puisqu'il leur faut juger davantage d'affaires avec un effectif en très faible augmentation*" (66).

Malgré tous les efforts des juges suprêmes, le nombre excessif des affaires qu'ils ont à juger nuit à la qualité de leurs décisions car le temps et la sérénité d'esprit leur font défaut, écrasés qu'ils sont par le poids des pourvois qui s'accumulent. Conséquence de cette accumulation : la *lenteur* de la justice qui est précisément ressentie par le justiciable comme une injustice : elle est "*un mal fondamental qui ne permet pas aux institutions de la République de jouer le rôle qu'on est en droit d'en attendre*" (67).

Jusqu'à présent, des réponses classiques ont été apportées à cette progression régulière du nombre des affaires (68) et pourtant ces mesures se sont toutes révélées insuffisantes pour assurer à la Cour son rôle essentiel. Cette situation de crise a beaucoup préoccupé le milieu judiciaire ces dernières années. La doctrine, ainsi que

---

(63) V. J. Jonquères, op. cit., p. 142.

(64) Id. note préc.

(65) Titre donné par A. Tunc à un article célèbre dans la revue "Archives de philosophie du droit" de 1985, p. 158.

(66) J. Boré, "Réflexions sur la sélection des affaires devant la Cour de cassation", D. 1979, chron. XXXVIII, p. 247 ; v. aussi P. Arpaillange, "Discours", Gaz. Pal., mercredi-jeudi 6 mars 1986, p. 7 ; P. Draï, "Pour la Cour de cassation", J.C.P. 1989, I, 3374 ; J. Bel, précit., N° I, qui, tous, dénoncent avec la même inquiétude l'encombrement chronique de notre Cour suprême et insistent sur l'urgence d'une solution.

(67) J. Bel, précité, p. 8.

(68) Les réformes successives ont essayé de donner à la Cour les moyens de son action : - en augmentant le nombre de chambres en 1938 ; 1947 (v. P. Hébraud, "La loi du 23 juillet 1947 sur la Cour de cassation", D. 1947, chron. XXXII, qui entraîna la suppression de l'examen préalable par la chambre des requêtes et admit ouvertement la pluralité des chambres civiles) ; 1967 (avec la loi du 3 juillet qui institua le corps des conseillers référendaires et substitua les chambres mixtes à l'Assemblée plénière) ; - La réduction du nombre des magistrats par formation fut aussi opérée passant de 12 à 9 puis à 7, puis 5 et même 3 pour les formations restreintes (v. P. Hébraud, "Aggiornamento de la Cour de cassation (lois des 12 juillet et 3 janvier 1979)", D. 1979, chron. XXXIV, p. 205 ; ainsi que J. Boré, "La loi du 6 août 1981 et la réforme de la Cour de cassation", D. 1981, chron. XLII, p. 299). - Enfin, pour tendre au rapprochement des pourvois posant des questions identiques, la Cour a vu ses services être informatisés ; une politique de prévention des contentieux, de publicité des décisions importantes, par la diffusion des travaux de la commission du rapport et des études, fut mise en place.

les praticiens -de la Cour suprême surtout- ont proposé plusieurs solutions dont aucune n'a vraiment été retenue jusqu'à présent (69).

Pourtant le temps n'est plus aux "palliatifs conjoncturels" (70) ; un parti doit être pris devant le risque, si l'on tardait trop, d'aboutir à un déni de justice généralisé. L'encombrement actuel de la Cour ne se résorbera pas de lui-même tant les causes sont nombreuses et cumulatives. Certes l'augmentation progressive du contrôle opéré en est une des raisons mais elle n'est pas la seule : en effet, "*La fécondité très excessive du législateur contemporain, la complexité croissante des lois et des textes pris pour leur application ; le fait que les justiciables sont eux aussi mieux armés pour faire valoir leurs droits, par l'intermédiaire notamment des syndicats et des multiples associations dont la capacité pour ester en justice est sans cesse élargie*" (71), sont autant de sources de l'engorgement.

Dans ces conditions, la solution ne peut pas uniquement provenir de l'action de la Cour suprême elle-même ; néanmoins le remède est en partie entre ses mains. Une étroite limitation de l'objet de son contrôle en diminuant le nombre des cassations, décourage par avance les plaideurs et raréfie les pourvois : le problème, nous le sentons, est grave car il remet en cause la nature même de la cassation, mais quelle que soit la manière dont on la conçoit, il y a une limite à garder, fondée sur l'influence persistante de l'intérêt général (72).

Cette voie, de la limitation de son contrôle, qui ne constitue, nous le soulignons à nouveau, que l'infime partie d'une solution beaucoup plus globale, la Cour suprême semble bien l'avoir envisagée récemment (73). Le monde judiciaire s'est

(69) Nous ne prétendons pas ici être exhaustif mais simplement indiquer quelques propositions qui ont été formulées : ainsi J. Boré mena-t-il une réflexion sur la sélection des affaires devant la Cour de cassation en 1979 (D. 1979, chron. XXXVIII, p. 247) ; A. Tunc proposa, quant à lui, que la Cour de cassation examine "*non plus une affaire mais un problème qui se pose à l'occasion d'une affaire*" ("*La Cour de cassation en crise*", précité, p. 160) et ne rende plus que 50 décisions par chambre et par an : affirmant que la mission disciplinaire qu'elle s'est vue attribuer lors de sa création l'avait été dans un contexte particulier, qu'aujourd'hui elle doit se consacrer à un rôle unique, plus important, qui est de clarifier le droit, de l'adapter aux conditions et aux aspirations de la société contemporaine ; J. Bel, op. cit., souhaitant un "*retour à la pureté première du rôle de la juridiction suprême*", abonde lui aussi dans le sens de M. Tunc affirmant que la "*véritable réforme serait que la Cour ne rende que des arrêts de "principe", une centaine par an et non une dizaine de mille*", retournant ainsi à son "*éloignement parfait du justiciable*" original. Parallèlement à ces solutions radicales, qui seraient, à notre avis, certainement très bénéfiques, d'aucuns ont proposé des adaptations plus ponctuelles. Ainsi une réflexion a-t-elle été menée, sous la direction de M. Badinter, Ministre de la Justice, en vue d'alléger la motivation des décisions (v. les travaux de la "commission Daussey" en 1982) mais l'entreprise fut impitoyablement condamnée par la Cour de cassation elle-même (v. Cass. civ. 2<sup>e</sup>, 10 déc. 1986 et 16 avril 1986, Gaz. Pal. 2/3, octobre 1987, p. 7 et 10 ; ainsi que Cass. com. 18 juin 1985, Gaz. Pal. 6 févr. 1986, p. 1) qui censura toutes les décisions rendues, pourtant conformément à la circulaire ministérielle qui suggérait, entre autres, l'allègement de la rédaction des décisions. Nous reviendrons dans la première partie de notre étude sur cette proposition. Enfin, M. Arpaillange, en 1986, proposa la création de Chambres régionales de cassation (op. cit., p. 9), réforme qui n'aboutit pas et pourtant présentait énormément d'avantages : décentralisation de la justice, diminution des arrêts de la Cour de cassation qui aurait ainsi le temps de les rédiger de façon plus motivée ; leur fonction serait alors plus efficace tant sur le plan normatif que disciplinaire, meilleure concertation avec les magistrats de la Cour de cassation. L'argument de la rupture d'unité de la jurisprudence peut, à notre avis, être facilement écarté car, en cas de contrariété de jurisprudence, entre les Cours d'appel ou les Chambres régionales, la Cour suprême pourrait toujours être saisie par le procureur général, dans l'intérêt de la loi seulement.

(70) P. Estoup, "La justice française, actes, fonctionnement et médias", Préf. de J.-D. Bredin ; Litec, 1989, p. 201.

(71) M. Marcilhacy, par J. Boré, op. cit., D. 1979, chron. XXXVIII, p. 247.

(72) P. Hébraud, précité, D. 1947, p. 128.

(73) Ass. plén. 13 déc. 1985, D. 1986, JPcc, p. 225 à propos du contrôle de la qualification d'accident de trajet en matière sociale ; ainsi que, Cass. soc., 10-12 déc. 1985, D. 1986, JPcc, p. 120 ; et P. Arpaillange, table ronde "Le contrôle par la chambre sociale de la Cour de cassation du caractère réel et sérieux de la cause de licenciement", Rev. dt. soc. 1986, p. 175 ; G. Picca, "Vers un contrôle allégué de la Cour de cassation ?", Rev. dt. soc. 1987, p. 189. Nous reviendrons dans notre première partie sur les risques de cette diminution du contrôle.

fortement ému pour les décisions rendues en matière sociale ; les réactions furent souvent très critiques, mais doit-on systématiquement refuser toute solution ? P. Estoup (74) affirme que désormais, vu l'urgence, "*les praticiens doivent se montrer ouverts à toutes les initiatives*" et cela doit être étendu à la communauté des juristes toute entière. Il ne s'agit nullement d'agir sans réfléchir mais bien de ne pas condamner par principe toutes les propositions qui sont faites, au nom d'une tradition qui parfois n'est plus justifiée de nos jours (75).

Une chose est certaine : un simple réaménagement en aval des règles de compétence de la Cour de cassation ne permettra pas de résoudre les problèmes, si, en amont, les choses demeurent en l'état. Toutes les solutions envisagées pour désencombrer notre juridiction suprême sont autant de pistes à explorer qu'il ne faut pas négliger. Des pistes qui ne se limitent pas aux règles de procédure et à l'organisation judiciaire, mais tendent à placer le débat dans le contexte juridique caractéristique de notre époque, contexte qui implique un renouvellement des techniques juridiques traditionnelles et une formation plus spécialisée des magistrats (76).

Par ces décisions récentes rendues en matière sociale mais aussi en matière d'appréciation du "*trouble manifestement illicite*" (77) par le juge des référés, nous constatons une extension du "*pouvoir souverain*" des juges du fond ; donc de leur liberté d'appréciation.

13 - *De la nouvelle conception du rôle du juge du fond.* - Ainsi la Cour suprême, enlisée dans son retard, n'a-t-elle d'autre choix que de faire confiance à ses juges du fond infirmant, aujourd'hui seulement, M. Hébraud qui commentait de cette manière la loi du 23 juillet 1947 : "*Le choix que l'on fait aujourd'hui trahit un changement d'esprit curieux, et peut-être même inquiétant : au lieu de s'intéresser au défendeur dont on présumait le bon droit, puisqu'il a obtenu une décision en sa faveur, on s'intéresse au demandeur qui doit, dit-on, obtenir aisément justice : ce qui revient, en somme, à présumer que les juges du fond ont commis une injustice*" (78).

Ce mouvement, favorable à l'augmentation du rôle du juge du fait n'est pas nouveau : toute la philosophie du Nouveau Code de procédure Civile l'illustre. Des innovations de grande portée telles que la faculté pour le juge d'ordonner la production d'éléments de preuve, ou l'introduction de l'arbitrage dans le prétoire, puisque les parties peuvent octroyer au juge les pouvoirs d'amiable compositeur (79), ont été accueillies. Autant de dispositions qui traduisent une plus grande confiance faite à ce juge pour exercer son pouvoir d'appréciation. Il cesse d'être "*comme un automate à qui l'on fournit les matériaux pour retirer ensuite un jugement*" (80) afin de devenir un acteur, collaborateur et conseil des parties, en vue de parvenir à une solution aussi juste que possible du conflit à trancher.

Ainsi se dessine une nouvelle conception de la justice qui tend à donner au juge du fond, seul en contact réel avec les faits de la cause, des pouvoirs plus étendus.

(74) P. Estoup, op. cit., p. 203.

(75) Les exemples de vieux débats pour savoir si la jurisprudence est une source de droit ou non, si l'équité doit ou non être utilisée sont stériles car rien ne sert de nier l'évidence de la situation actuelle, qui n'est plus celle de l'Ancien Régime.

(76) Y. Saint-Jours, note sous Ass. plén. 13 déc. 1985, J.C.P.1986,II,20636.

(77) Ass. plén. 4 juillet 1986, D. 1986, J.C.P. p. 477, note J.-E. Ray.

(78) Il s'agit de la loi qui supprima l'examen préalable du recours en cassation par la chambre des requêtes ; P. Hébraud, op. cit., p. 127.

(79) V. respectivement les art. 133 ; art. 12 al. 3 N.C.P.C.

(80) H. Motulsky, "Prolégomènes pour un futur code de procédure civile", D. 1972, chron. XVII, p. 91.

Parallèlement les rapports avec les justiciables se modifient aussi, car ces derniers deviennent plus exigeants, peut-être parce que mieux informés, plus cultivés, plus conseillés, ils veulent savoir pourquoi, comment et par qui ils seront condamnés ou absouts.

Le plaideur aujourd'hui ne se satisfait plus d'un juge lointain et impersonnel et demande en quelque sorte -admirable mouvement dialectique- un retour à l'ancien *juge de paix* : un juge qui partageait son mode d'existence et était proche de lui (81).

Force est de constater que les jeunes générations de magistrats répondent à ce souhait voulant tout connaître, tout comprendre par eux-mêmes, au risque parfois de "descendre dans l'arène" (82).

14 - Ainsi la liberté d'appréciation des juges du fond est-elle remise à l'honneur. Elle n'a jamais pu être niée et la Cour suprême a toujours admis qu'ils disposent d'un "*pouvoir souverain*" pour apprécier les faits de la cause qui leur est soumise : aujourd'hui il semble que ce pouvoir s'étende.

Déjà certains objecteront que le danger d'un retour à l'arbitraire n'est pas loin, qu'accorder un "*pouvoir discrétionnaire*" aux juges du fond constitue une régression de plusieurs centaines d'années.

Ce faisant, peut-être commettraient-ils une erreur, peut-être l'idée que la plupart-d'entre nous nous faisons de cette notion, est-elle un peu hâtive.

15 - M. Ricci, en commençant sa thèse, portant sur le pouvoir discrétionnaire de l'administration fiscale, affirme : "*L'intitulé de ce travail sent la poudre. S'il n'est un thème plus éculé dans la littérature juridique que celui du pouvoir discrétionnaire*" (83). Il est vrai que les études portant sur le pouvoir discrétionnaire sont innombrables en Droit Administratif (84).

16 - Il ne semble pas en être de même en ce qui concerne la notion de pouvoir discrétionnaire du juge en Droit privé si l'on en croit G. Marty qui affirme : "*On chercherait vainement dans les ouvrages de procédure français l'analyse de ce qu'est le pouvoir discrétionnaire du juge. Cette lacune tient à ce qu'il est peu de notions aussi obscures et peu étudiées que celle du pouvoir discrétionnaire*" (85).

À notre connaissance, cette étude d'ensemble n'a jamais été faite (86). Or lorsque l'on approche superficiellement cette notion en Droit privé, elle apparaît immédiatement confuse et ambiguë ; à un tel point que les auteurs ne distinguent pas nettement le pouvoir discrétionnaire du pouvoir souverain, et que la jurisprudence ajoute à cette confusion en n'employant pas les termes de façon satisfaisante (87).

(81) R. Perrot, "Le rôle du juge dans la société moderne", Gaz. Pal. 1977.1., p. 92.

(82) D'ailleurs, le législateur moderne invite son juge à se départir de sa réserve traditionnelle dans la mesure où il lui confie des tâches qui ne sont plus spécifiquement juridictionnelles et contentieuses et qui s'apparentent beaucoup plus à des tâches d'administrateurs, ainsi en est-il du rôle du juge des tutelles, par exemple.

(83) J.-C. Ricci, "Le pouvoir discrétionnaire de l'administration fiscale", thèse, Aix-Marseille III, dactyl., 1975, p. 7.

(84) Et pourtant le travail de M. Ricci contribua grandement à l'approfondissement de cette notion.

(85) G. Marty, "La distinction du droit et du fait, essai sur le pouvoir de contrôle de la Cour de cassation sur les juges du fait", thèse, Toulouse, Sirey, 1929, p. 267.

(86) Gény, cité par Marty, op. cit., note 4, p. 267, avoue, rencontrant le problème du pouvoir discrétionnaire, qu'il "recule devant la perspective effrayante d'avoir à réunir (lui-même) tous les éléments dont (il) découvre à peine quelques germes dans l'ensemble de notre littérature juridique". Nous n'aurons pas la prétention de tout dire de cette question, mais plutôt d'espérer contribuer à mieux l'éclairer.

(87) J.-P. Legros, thèse précitée, p. 550.

17 - Confronté à l'*ambiguïté*, le désir naît d'en connaître les causes. Puis, les ayant découvertes, d'expliquer et de dissiper la confusion. À cette fin, analyser la notion de pouvoir discrétionnaire s'impose. Les éléments de définition sont épars, parfois *a priori* contradictoires, et demandent à être rassemblés car "*sauf à contester que le pouvoir discrétionnaire soit une notion (...), la logique formelle rend inconcevable l'idée de deux pouvoirs discrétionnaires de nature différente*" (88). La notion ne peut être qu'*unitaire*. En conséquence, il faut parvenir à connaître sa vraie nature, d'une part, ses limites, s'il en existe, d'autre part (Titre I).

18 - La seconde étape de la réflexion exige d'analyser le domaine d'application du pouvoir discrétionnaire.

Quand les juges du fond, en droit privé, disposent-ils d'un tel pouvoir (89) ?

La définition aidant, nous pourrions nous demander si, de fait, ces derniers n'en sont pas investis beaucoup plus souvent qu'une approche superficielle de la question le laisse envisager (Titre II).

## TITRE I - AMBIGUÏTÉ ET UNITÉ DE LA NOTION DE POUVOIR DISCRÉTIONNAIRE

19 - Opérer la synthèse des multiples études faites sur le pouvoir discrétionnaire, en droit privé mais aussi et surtout, en droit public, permettra non seulement de découvrir sa vraie nature, mais encore de le distinguer de notions voisines auxquelles il est souvent assimilé, à tort (Chapitre I).

20 - La définition élaborée, il restera à réfléchir sur les deux conséquences implicites - admises par tous, et qui sont une des raisons pour lesquelles ce pouvoir est systématiquement et unanimement considéré comme dangereux - de son exercice par les juges du fond : la dispense de motivation d'une part, l'absence de tout contrôle par la Cour de cassation des décisions ainsi rendues d'autre part (Chapitre II).

### CHAPITRE I - RECHERCHE DE LA DÉFINITION

21 - En droit privé, la notion de pouvoir discrétionnaire des juges du fond n'est pas parfaitement déterminée. Aussi, les nombreuses études faites sur le pouvoir discrétionnaire de l'administration, seront une aide indispensable à l'élaboration de sa définition, qui ne peut qu'être unique (Section I).

Révéler, la véritable nature du pouvoir discrétionnaire permettra d'une part de le distinguer du pouvoir souverain, avec lequel on le confond souvent, d'autre part de l'arbitraire, auquel on l'assimile, à tort (Section II).

---

(88) J.-C. Ricci, thèse précit., p. 18-19.

(89) En droit processuel, comme en droit substantiel. Nous n'aurons pas la prétention d'être exhaustif dans ce "recensement" car la tâche est impossible à accomplir dans une étude de cette ampleur et parce que la confusion opérée par la Cour de cassation entre les termes "discrétionnaire" et "souverain" rend toute certitude pour le moins incertaine ! Néanmoins, les cas étudiés, dans le Titre II, permettront de se rendre compte du domaine d'application du pouvoir discrétionnaire des juges, tel qu'il est entendu par la Cour suprême.

## Section I - Hypostases du pouvoir discrétionnaire

22 - Déterminer le pouvoir discrétionnaire des juges du fond en droit privé tel que la Cour suprême l'entend (§ 1), compléter sa définition grâce aux études qui furent faites sur le pouvoir discrétionnaire de l'administration (§ 2) pour constater qu'il ne peut y avoir *qu'une seule définition* de cette notion (§ 3), sont les étapes que nous nous proposons de franchir.

### *Paragraphe I : Les approches du pouvoir discrétionnaire en droit privé*

23 - Les premières analyses, à notre connaissance, datent du début de ce siècle (A). En 1980, *se référant à la jurisprudence*, J. Boré définit à son tour le pouvoir discrétionnaire (B). Pourtant, les incertitudes demeurent (C).

#### *A - Premières analyses*

24 - a) *Analyse de Faye : 1903 (90)* - Il vaudrait mieux parler d'une évocation que d'une analyse. Faye traite du pouvoir discrétionnaire, au début d'un chapitre consacré au "*pouvoir souverain du juge du fait*" (91), et se contente de faire observer "*que le dispositif même d'un jugement peut échapper au contrôle de la Cour de cassation en certaines de ses parties (lorsque) le juge n'a fait qu'user d'un pouvoir discrétionnaire qui lui est reconnu par la loi, pourvu bien entendu qu'il ne se soit pas trompé sur l'existence et sur l'étendue de ce pouvoir et qu'il l'ait exercé dans les conditions où il lui a été concédé*" (92).

25 - Trois éléments caractérisent donc l'exercice de ce pouvoir :

- il est octroyé par la loi,
- il est enfermé dans des limites légales,
- il n'est pas contrôlé par la Cour suprême.

L'auteur ne dit rien sur la nature du pouvoir discrétionnaire, ne le justifie pas non plus. Il constate son existence et ses caractéristiques, les signale et s'en tient là.

G. Marty, quelque deux décennies plus tard, poussera plus loin l'analyse.

26 - b) *Analyse de Marty : 1929 (93)* - Ayant lu ce qu'avait écrit Faye, mais aussi Garsonnet et César-Bru, qui affirmaient que "*l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire est, par la force des choses, incompatible avec un contrôle quelconque*", Marty constate que personne, en France, n'a procédé à l'analyse de "*ce qu'est le pouvoir discrétionnaire du juge auquel il est fait allusion et des raisons pour lesquelles il exclut le contrôle de la Cour de cassation*" (94).

27 - Aussi se propose-t-il de découvrir à "*quelles conditions il y a pouvoir discrétionnaire mettant obstacle à l'exercice du pouvoir de contrôle de la Cour suprême*

(90) E. Faye, "La Cour de cassation", Libr. Chevalier-Marescq et Cie éditeurs, 1903, p. 165, N° 150.

(91) E. Faye, op. cit., p. 164. Ce fait est à retenir.

(92) Faye, op. cit., p. 166.

(93) G. Marty, "La distinction du droit et du fait, essai sur le pouvoir de contrôle de la Cour de cassation sur les juges du fait", Sirey, 1929, N° 133 et s.

(94) Marty, op. cit., p. 267.

sur l'application de la loi aux faits constatés". Marty va donc définir le pouvoir discrétionnaire comme étant celui qui n'est pas susceptible de contrôle par la Cour suprême. Il ne se demande pas quel est le sens du terme "discrétionnaire", pour ensuite vérifier si l'exercice d'un tel pouvoir peut, ou non, être contrôlé, mais fait la démarche inverse : la Cour affirme qu'elle ne contrôle parfois pas l'appréciation que les juges font de l'application de la loi aux faits ; elle qualifie ce pouvoir de discrétionnaire, quels sont donc ces cas dans lesquels les juges ont ainsi toute liberté ?

Guidé par cette pensée, il considère donc que, pour que le pouvoir discrétionnaire existe, il faut "que la loi n'ait donné aucune indication que le juge ait pu enfreindre ou mal appliquer, sur l'usage qu'il convenait de faire du pouvoir qu'elle consacrait" (95). En effet, dans cette hypothèse seulement, le juge, quel que soit le parti auquel il s'est arrêté, n'a pu violer la loi qui s'en est entièrement remise à son appréciation. Au nom de quoi la Cour de cassation pourrait-elle casser ?

28 - Si la loi a dit, de façon même vague ou imprécise, dans quel but ou de quelle manière, le juge doit faire usage de son pouvoir, on ne peut plus parler, selon lui, de pouvoir discrétionnaire car "la Cour doit exercer son contrôle".

De la même manière refuse-t-il de voir la manifestation d'un tel pouvoir dans le cas où les magistrats sont obligés de suppléer aux insuffisances des règles de droit issues des sources formelles : une fois encore parce que cette "libre recherche scientifique" ne peut être faite que sous le contrôle de la Cour suprême.

Enfin, Marty admet que, lorsque la loi utilise des "notions-cadre", le pouvoir d'appréciation des juges du fond est plus large mais, affirme-t-il, n'est pas discrétionnaire pour autant parce que ... soumis à la censure de la Cour "qui (n'est) qu'obligée, dans ce cas, à plus de réserve et de prudence" (96).

29 - Cette méthode d'analyse procure un avantage : le domaine du pouvoir discrétionnaire se "réduit à déterminer", comme Marty l'indique lui-même, "la liste des hypothèses dans lesquelles la loi laisse au juge (une totale) liberté d'appréciation".

Mais elle présente aussi un inconvénient : comment qualifier tous ces cas où le juge possède une liberté d'appréciation plus ou moins large, plus ou moins contrôlée, situations dans lesquelles le juge doit faire appel aussi à son discernement ? Cela Marty ne s'en préoccupe pas.

30 - L'avantage évoqué cesse aussitôt d'exister. En effet, constate l'auteur, le domaine est difficile à définir car la Cour suprême "n'utilise pas toujours d'une terminologie très précise" employant "à peu près indifféremment l'une pour l'autre les expressions "pouvoir souverain" et "pouvoir discrétionnaire" (97).

Sa conception, très restrictive, qu'il pense pourtant avoir tirée de la jurisprudence même de la Cour suprême, l'amène à contester de nombreux domaines dans lesquels il est d'usage, pour cette dernière, de reconnaître un pouvoir discrétionnaire au juge (98). Ainsi, pour n'en prendre qu'un seul exemple, conteste-t-il l'affirmation selon laquelle, pour accorder les délais de grâce prévus par l'art. 1244 du C. civ., les juges du fond disposent d'un pouvoir discrétionnaire. Il considère en effet qu'ils ne sont pas entièrement libres puisque la "la loi indique qu'ils doivent user de ce pouvoir "avec une grande réserve" et qu'ils ne doivent accorder que des "délais modérés",

(95) G. Marty, op. cit., p. 271.

(96) id., p. 269.

(97) id., p. 272.

(98) id., p. 276.

qu'en conséquence la Cour de cassation pourrait parfaitement intervenir pour faire respecter cette notion de *délai modéré*.

31 - Nous pouvons lui objecter qu'en l'occurrence, le pouvoir discrétionnaire n'a pas disparu et n'est qu'enfermé dans d'étroites limites.

Le fait est que son critère de définition -l'absence de contrôle- du pouvoir discrétionnaire est insuffisant pour trouver son domaine d'application.

Comme Faye auparavant, il ne s'est pas interrogé sur la notion même de pouvoir discrétionnaire : c'est, à notre avis, la raison des difficultés qu'il éprouve à cerner la question.

32 - Ces réflexions confirment la première analyse sur un point : le pouvoir discrétionnaire est *octroyé par la loi*.

Elles s'en détachent cependant sur les deux autres points :

- Faye considérait que le pouvoir discrétionnaire était enfermé dans des limites légales, alors que Marty estime que le pouvoir discrétionnaire ne peut exister que lorsque "*la loi n'a donné aucune indication que le juge ait pu enfreindre ou mal appliquer*" (99). Nuance subtile, mais réelle puisque la limite légale est justement de ne pas en poser !

- Faye estimait enfin que les juges étaient investis d'un tel pouvoir lorsque la Cour suprême ne contrôlait pas -même si elle le pouvait- alors que Marty ne l'admet que lorsque le contrôle est *impossible* (100).

33 - Au terme de ces deux analyses, aucune certitude n'est possible. Nous savons simplement que la notion n'est pas fixée, que les caractères du pouvoir discrétionnaire ne sont pas définis de façon définitive, qu'en conséquence son domaine d'application n'est pas non plus parfaitement déterminé.

Monsieur Boré, en 1980, apportait à son tour sa contribution à cette étude.

#### *B - Approfondissement de la réflexion*

34 - Monsieur Boré se propose de définir les caractères (a) et les formes (b) du pouvoir discrétionnaire (101).

##### a) Caractères du pouvoir discrétionnaire du juge (102)

35 - L'auteur commence par contester la conception de Marty. Force est, en effet "*de constater que la Cour de cassation donne, de la notion, une acception (plus large) en en admettant l'existence dans les cas mêmes où la loi formule une directive dès lors que celle-ci ne lie pas le juge*" (103), écrit-il.

(99) Op. cit., p. 271.

(100) V. N° 31 à propos de l'art. 1244 C. civ. "Il convient de souligner que, depuis la loi n° 91-650 du 9 juillet 1991, cet article a été modifié et complété. Néanmoins, les pouvoirs de juge n'ont pas été fondamentalement modifiés. Simplement, c'est désormais l'article 1244-1 qui en traite (V. Infra § 1, section II, chapitre II, Titre II).

(101) J. Boré, "La cassation en matière civile", Paris, Sirey, 1980, p. 507 et s.

(102) L'auteur n'étudie l'exercice de ce pouvoir qu'en matière contentieuse. Marty avait fait de même. Cependant nous pensons que les caractères qui se dégagent de ces analyses permettent d'approcher, par touches successives, la notion, unique, de pouvoir discrétionnaire. Ainsi, selon nous, ne peut-il exister qu'une seule définition qui vaudra donc pour les cas dans lesquels il s'agit de la juridiction gracieuse.

(103) Boré, op. cit., p. 507.

36 - Le pouvoir discrétionnaire se définit donc par *trois caractères* qu'il découvre - il insiste sur ce fait- en se référant à la jurisprudence :

1) C'est un pouvoir qui, dans le cadre fixé par la loi, *s'exerce en toute liberté*, le législateur, lorsqu'il donne une directive, se bornant à formuler une *simple recommandation* : le contrôle de la Cour suprême s'exerce dès lors "à rebours" puisque non seulement elle refuse de censurer les décisions qui ont exercé ce pouvoir discrétionnaire sans égard pour les directives légales, mais encore censure les décisions qui ont transformé de simples recommandations en règles impératives, n'exerçant pas leur pouvoir discrétionnaire.

37 - 2) En second lieu, c'est un pouvoir qui comporte pour le juge la *dispense de motiver sa décision*. C'est, ajoute M. Boré, "*sur ce point essentiel de la dispense de motivation que le pouvoir discrétionnaire se distingue du pouvoir souverain d'appréciation du juge du fond*" (104).

La censure pour défaut de motifs est ainsi inconcevable lorsque le juge exerce son pouvoir discrétionnaire. Quelles sont les raisons de cette dispense de motivation ? La question n'est pas envisagée. La réponse est pourtant d'importance quand on a à l'esprit la formidable conquête contre l'arbitraire que fut l'obligation de motivation. Constaté la dispense sans l'expliquer, c'est immédiatement assimiler le pouvoir discrétionnaire à l'arbitraire alors que, comme nous le verrons par la suite, dispense de motivation et arbitraire ne vont absolument pas de pair systématiquement (105).

38 - Si large que soit le pouvoir discrétionnaire, il reste *octroyé par la loi* et ne peut donc s'exercer que dans le cadre qu'elle lui fixe. Il en résulte une double limitation :

- d'une part, ce pouvoir est un *devoir* pour le juge qui est, certes, libre de sa décision, mais qui *doit* exercer son pouvoir d'appréciation avant (106). La dispense de motivation dont il bénéficie lui permettra de statuer en des termes fort brefs, ce qui rend malaisé le contrôle de l'exercice effectif de son devoir : on ressent déjà que ce pouvoir repose en quelque sorte, et par la force des choses, sur un *postulat de confiance* ;

- d'autre part, il ne "*s'exerce (qu')aux cas et conditions fixés par la loi*" (107), ayant un caractère suffisamment exceptionnel pour qu'il importe de le cantonner strictement à l'hypothèse légale dans laquelle il a été admis.

Ses caractères définis, quelles sont ses formes ?

#### b) Formes du pouvoir discrétionnaire

39 - Le pouvoir discrétionnaire du juge, selon M. Boré, se présente sous trois formes différentes qui l'enferment dans un cadre plus ou moins étroit. Il distingue en effet :

a) le cas où la loi assigne des *limites chiffrées* qui sont *impératives* ;

b) celui où, sans poser aucune règle impérative, elle adresse au juge une *recommandation* sur la manière d'exercer son pouvoir. Celle-ci ne traduit aucune restriction au pouvoir discrétionnaire puisqu'il n'est pas lié par elle ;

(104) Boré, id. , N° 1607.

(105) Cf. section I, chapitre II.

(106) Pour la première fois, ici, une réflexion est faite qui concerne la *nature* même de la notion.

(107) Boré, id. , N° 1609.

c) celui, enfin, où la loi n'adresse au juge aucune directive et s'en remet *entièrement à sa sagesse* (108).

40 - L'auteur en conclut que la Cour suprême reconnaît aux juges du fond un pouvoir discrétionnaire beaucoup plus souvent que Marty ne l'avait affirmé (109) : il constate ainsi que son exercice confère une marge d'appréciation variable qui dépend des limites que la loi fixe.

41 - J.-P. Legros, dans sa thèse, va plus loin encore et remarque, réfléchissant au pouvoir discrétionnaire : "*il est moins sûr que ce pouvoir n'existe que dans les cas prévus par un texte*" (110). Il a donc le sentiment diffus que la notion est beaucoup plus large qu'il n'y paraît, qu'on ne peut la ravalier à celle de pouvoir illimité - notion qui, elle, doit être extirpée de notre droit partout où elle s'infiltrer. Il ajoute : "*Le juge du fond (investi de ce pouvoir) prend des mesures en opportunité. Il a le pouvoir de le faire, la mesure sera heureuse ou malheureuse, mais la Cour de cassation ne contrôlera rien. Le juge a un choix à opérer*" (111).

Ce faisant, il introduit un élément de définition très important, jusqu'alors occulté par les différentes analyses : le pouvoir discrétionnaire est le *pouvoir légal*, octroyé aux juges du fond parce qu'indispensable dans certains cas, *d'apprécier l'opportunité* de la mesure à prendre.

42 - La Cour suprême en reconnaissant ce pouvoir aux juges ne peut nier cet aspect du pouvoir discrétionnaire sauf à nier son essence même.

Mais les auteurs se sont uniquement attachés au fait que, dans ces cas-là, les juges du fond n'étaient pas contrôlés, et n'y ont vu qu'un moyen indirect de rétablir l'arbitraire du juge du fait.

Or face à l'arbitraire, la tendance est de vouloir, à juste titre, l'évacuer (112) : ce qu'ils n'ont pas vu c'est que se priver du terme *discrétionnaire*, c'est se priver du terme qui désigne le *pouvoir d'apprécier l'opportunité*, c'est demander à la Cour de cassation d'exercer un contrôle qu'elle ne peut, en principe, pas faire (113) ; c'est enfin installer le trouble dans le vocabulaire juridique.

### C - Du pouvoir quasi-discrétionnaire au pouvoir optionnel

43 - Les auteurs, en droit privé, étudiant la question du contrôle exercé par la Cour suprême, se heurtent tous à ces cas dans lesquels le contrôle n'est que partiel, tantôt parce que la motivation n'est pas contrôlée, tantôt parce que la légalité ne l'est

(108) Boré, *id.*, N° 1610 à 1625. L'auteur donne des exemples pour chaque cas. Nous ne les avons pas repris car notre propos, à ce stade de l'analyse, consiste seulement à montrer que le pouvoir discrétionnaire est une notion très riche, qu'il prend des formes variées et n'est pas limité à un seul cas de figure. Par ailleurs, les exemples cités par M. Boré seront repris dans le Titre II.

(109) Encore que ce dernier se soit heurté au caractère trop restrictif de sa propre définition ; cf. N° 31 de notre étude.

(110) "Essai sur la motivation des jugements civils", thèse précit., p. 551, N° 438.

(111) *idem*

(112) Ainsi Marty conteste-t-il de nombreux cas dans lesquels la Cour suprême affirme que les juges du fond disposent d'un pouvoir discrétionnaire ; ce qui le gêne c'est que ces cas supporteraient d'être contrôlés au moins "légèrement" alors que selon lui l'exercice du pouvoir discrétionnaire ne supporte aucun contrôle ; *op. cit.*, p. 247 et s. ; M. Boré, pour sa part, est très gêné par l'absence de contrôle de la motivation qui accompagne l'exercice de ce pouvoir et constate, avec satisfaction, que le "développement constant du contrôle de la motivation devrait, peu à peu, conduire à une régression de (la) notion juridique exceptionnelle (de pouvoir discrétionnaire) au profit du pouvoir souverain, qui, lui, ne dispense pas de motivation".

(113) sauf cas particulier ; cf. Chapitre 2, Section 2, § 2, .

pas (qu'il ne s'agit donc ni de pouvoir souverain ni de pouvoir discrétionnaire). Corrélativement, ce contrôle plus *léger* confère plus de pouvoirs aux juges du fond. La difficulté se pose alors de qualifier cette liberté qui leur est accordée. Les termes employés sont variés et ingénieux, approchant tous, pour partie, mais pour partie seulement, de la réalité.

44 - Ainsi, M. Boubli, évoquant le reflux du contrôle exercé par la Chambre sociale de la Cour de cassation en matière de contrôle du caractère réel et sérieux de la cause de licenciement, parle d'un "*retour au pouvoir quasi-souverain d'appréciation des juges du fond*" (114) pour qualifier la nouvelle décision de la Cour de ne plus contrôler que "*l'erreur manifeste de qualification*" (115).

45 - M. Perdriau, quant à lui, considère qu'il existe entre le pouvoir souverain et le pouvoir discrétionnaire des juges du fond, un *pouvoir quasi-discrétionnaire*. "*Il se rapproche*", nous dit-il, "*du pouvoir discrétionnaire en ce qu'il dispense à un certain égard d'une motivation, mais il maintient un contrôle de légalité*" (116). Il se caractérise par le fait qu'il laisse au juge la liberté d'ordonner, ou pas, la mesure envisagée : "*cela relève de sa libre appréciation de l'opportunité (que cette mesure) présente, d'après les circonstances de l'espèce*" (117). "*Dans ce cas*", ajoute-t-il, "*il est donc exclu que la Cour de cassation déclare qu'il s'est prononcé "à bon droit", alors qu'il avait pu tout aussi bien se prononcer en sens contraire ; elle se contentera de rejeter un éventuel pourvoi en considérant que, en statuant comme il l'a fait, le juge "n'a fait qu'user du pouvoir -ou de la faculté- qu'il tient de l'article"..."*" (118).

M. Perdriau par la suite, préférera substituer le terme de *pouvoir optionnel* à celui de *pouvoir quasi-discrétionnaire* (119).

Ce changement indique assez les hésitations de l'auteur, qui ne parvient pas à parfaitement qualifier les différents degrés de liberté des juges du fond.

46 - M. Cornu enfin, parle d'un *pouvoir modérateur* qu'il caractérise ainsi : "*1° Pouvoir de déroger à la règle normale (pouvoir dérogatoire exorbitant) ; 2° donné au juge par la loi (pouvoir légal) ; 3° dans des cas limitativement spécifiés (pouvoir exceptionnel) ; 4° au nom de l'équité (pouvoir modérateur)*" (120) et qui apparaît, par exemple, dans la loi du 9 juillet 1975 (modifiant l'art. 1152 al. 2 C. civ.) relative à la clause pénale.

47 - Ces cas, en fait, illustrent les degrés divers de l'exercice par le juge du fond, d'un même pouvoir : celui que le législateur est obligé de lui déléguer. Très souvent, la loi exige pour son application, que certains intérêts soient appréciés, que des délais soient octroyés, que l'urgence d'une situation particulière soit prise en compte, etc...

Dans ces hypothèses, le concours du juge du fond est indispensable car il est le seul à agir à partir de la réalité concrète ; le seul à même de mettre la loi en application, puisque celle-ci exige qu'une appréciation soit portée avant qu'elle

(114) V. G. Lupi, "Le contrôle par la Chambre sociale de la Cour de cassation du caractère réel et sérieux de la cause de licenciement". table ronde précitée, p. 204.

(115) Cf. Cass. soc. 10-12 déc. 1985, précités, D. 1986, JPce, p. 120.

(116) A. Perdriau, "Le contrôle de la Cour de cassation en matière de faillite", J.C.P. 1987, doct. 3288, N° 34.

(117) *Idem*, n° 35.

(118) *Idem*, N° 35

(119) A. Perdriau, "Le contrôle de la Cour de cassation en matière de faillite", précité, N° 5.

(120) G. Cornu, "Introduction, les personnes, les biens", précité, p. 68, N° 179, ainsi que la note 52.

s'applique. Parce qu'il est impossible de faire autrement, la décision est abandonnée à la conscience du magistrat : il dispose alors d'un *pouvoir discrétionnaire* au sens étymologique du terme, un pouvoir qui n'est *nullement illimité*, mais au contraire, très exigeant pour celui qui l'exerce. Cela, les études de droit administratif le mettent en relief de façon incontestable.

**Paragraphe II - Le pouvoir discrétionnaire de l'administration en droit administratif**

48 - La question du pouvoir discrétionnaire touche aux problèmes fondamentaux du droit public et de la science politique. Une étude complète du pouvoir discrétionnaire constituerait une étude d'ensemble du droit administratif, comme permet de le faire une étude du contentieux : notre intention n'est pas aussi vaste. Nous nous proposons simplement ici de rechercher la nature du pouvoir discrétionnaire de l'administration, d'indiquer la façon dont il se manifeste (A) ainsi que de justifier son utilité (B).

*A - Nature du pouvoir discrétionnaire de l'administration*

49 - Le pouvoir discrétionnaire des autorités administratives n'est rien d'autre que "*le pouvoir de choisir entre deux décisions ou deux comportements (deux au moins) également conformes à la légalité. Exerçant son pouvoir discrétionnaire, l'administration ne peut jamais faire que ce que le droit lui permet de faire*" (121).

Investie de ce pouvoir, l'administration a le choix entre l'action ou l'abstention ou, si elle agit, entre diverses décisions : elle apparaît ainsi revêtue de "*son plus grand prestige, ce n'est pas l'humble servante d'une loi que la domine et qui la conduit, lui interdisant toute initiative ; c'est au contraire une personne libre qui examine, qui réfléchit, qui décide*" (122).

50 - Le pouvoir discrétionnaire n'est pas, à proprement parler une exception dans la vie administrative : ses manifestations sont nombreuses et importantes. C'est généralement dans l'exercice du *pouvoir réglementaire* qu'il se manifeste le plus pleinement, mais on le retrouve souvent là où il y a matière à édicton de *mesures individuelles*.

51 - L'administration ne peut exercer son choix n'importe comment puisqu'il doit être fait légalement : "*c'est dans la légalité que ce que recommande l'opportunité doit être fait*" (123). Il apparaît donc, comme en droit privé, que le pouvoir discrétionnaire n'est nullement hors la loi. Ce ne fut pas toujours le cas : à l'origine, la jurisprudence ne concevait la liberté que confère le pouvoir discrétionnaire que comme totale, l'administration pouvant édicter des actes "*de pure administration*" ou "*actes discrétionnaires*" échappant, à raison de leur nature, à tout contrôle contentieux.

Après l'arrêt *Grazietti* on a reconnu, avec Hauriou, "*qu'il n'y a pas d'actes discrétionnaires ; il y a un certain pouvoir discrétionnaire de l'administration qui se*

(121) R. Chapus, "Droit administratif général", Précis Domat, tome 1, 4<sup>e</sup> éd., 1988, N° 1074, p. 660.

(122) E. Giraud, "Étude sur la notion du pouvoir discrétionnaire", *Rév. gén. d'adm.* 1924, p. 194.

(123) R. Chapus, précité, N° 1076, p. 662.

*retrouve plus ou moins dans les actes et qui est essentiellement le pouvoir d'apprécier l'opportunité des mesures administratives"* (124).

52 - Reconnaissance heureuse qui permet d'approcher l'essence même de la notion de pouvoir discrétionnaire. L'étymologie nous enseigne en effet que "discrétionnaire" provient du verbe latin "*Discerno, is, crevi, cernere*" qui signifie "discerner, distinguer". De la même manière le substantif "*Discretio*", qui donna en français "discrétion", désigne la qualité par laquelle on discerne ; "s'en remettre à la discrétion de quelqu'un c'est s'en remettre à sa sagesse, à sa compétence, à son jugement. L'homme de discernement a donc la netteté d'esprit qui, semblable à la netteté de la vue, aperçoit les choses fines, délicates, difficiles à voir" (125).

Le sens originel a dérivé pour désigner un pouvoir illimité ; ainsi dit-on parfois que la dictature est un pouvoir discrétionnaire et cette dérivation sémantique, malheureuse, induit en erreur. Le sens à retenir lorsque l'on parle de pouvoir discrétionnaire, en droit public ou privé, est le sens latin du terme.

Ainsi conçu, le pouvoir discrétionnaire, renferme une faculté de libre appréciation, d'autodétermination qui permet d'agir selon son jugement propre mais il est une façon d'agir à *discrétion*, c'est-à-dire qu'il est l'art de choisir le meilleur, l'art d'apprécier et de mesurer toutes les choses en vue de leur but : il est un *jugement d'opportunité et non de légalité* qui consiste en l'appréciation de l'adéquation d'un acte aux intérêts généraux, suivant les circonstances du moment.

53 - On oppose le pouvoir *discrétionnaire* au pouvoir *lié* car lorsque l'administration est dans une situation de compétence réglementée, elle n'a plus la possibilité de choix et sa conduite lui est dictée à l'avance par la règle de droit. Néanmoins cette opposition n'existe que lorsqu'on envisage les deux notions en tant qu'attribut de l'administration. Elle s'évanouit lorsqu'on les examine en se référant aux actes administratifs. Sous ce deuxième aspect, le pouvoir discrétionnaire et le pouvoir lié ne représentent pas des termes antithétiques, puisqu'en réalité il n'y a aucun acte administratif purement discrétionnaire, ni purement lié : "*le pouvoir discrétionnaire, comme les métaux, ne se rencontre pas chimiquement pur*" (126). Pour extraire le concept de pouvoir discrétionnaire, et en faire sortir les caractéristiques, il faut faire une abstraction, mais ce concept ne se présente pas dans la vie dans toute sa pureté. En effet, si l'on suit le processus intellectuel de la décision de l'administrateur, il apparaît que celui-ci se trouve à plusieurs moments face à des problèmes à résoudre. Pour certains, c'est dans la réglementation qu'il trouvera une solution qui s'impose à lui (ainsi sera-t-il dans une situation de compétence liée) ; pour d'autres, au contraire, la réglementation ne lui permettra pas toujours d'obtenir une réponse : il devra choisir, se décider, en fonction des données de l'affaire : *c'est alors qu'il dispose du pouvoir discrétionnaire*. Cela peut se produire à deux moments fort différents : d'une part lorsqu'il doit décider du principe même de son intervention, d'autre part lorsqu'il doit choisir le contenu de sa décision (127).

54 - Ainsi n'est pas reconnu à l'administration qui dispose d'un pouvoir discrétionnaire, le droit de choisir entre une décision légale et une décision illégale et

(124) S. 1903.3.113. Note Hauriou.

(125) Dictionnaire Littré.

(126) L. Lopez-Rodô, "Le pouvoir discrétionnaire de l'administration. Évolution doctrinale et jurisprudentielle", Rev. dt. pub. 1953, p. 578.

(127) V. A. Bockel, "Contribution à l'étude du pouvoir discrétionnaire de l'administration", A.J.D.A. 1978, doctrine p. 357.

de préférer la seconde à la première ; "Comme c'est normal le pouvoir discrétionnaire ne peut en aucun cas permettre la commission d'illégalités et c'est ainsi que pacifiquement principe de légalité et pouvoir discrétionnaire coexistent" (128) et se complètent.

### *B - Justification du pouvoir discrétionnaire de l'administration*

55 - Il n'est pas possible de fixer d'avance toutes les fins concrètes de l'activité administrative. Évidemment le pouvoir discrétionnaire n'existe pas quand il s'agit de libertés individuelles ou d'autres matières de caractère fondamental pour l'ordre juridique.

Il reste cependant que la loi doit se borner souvent à établir des concepts indéterminés, des clauses générales, des "chèques en blanc" devant lesquels surgit le pouvoir discrétionnaire, mais il n'est pas le pouvoir illimité d'autrefois qui surgissait faute de règle juridique.

Ainsi L. Lopez-Rodó affirme : "Lorsque la loi bat en retraite après avoir envahi le champ de l'administration, elle ne se retire pas d'une façon absolue ; au contraire, elle conserve les places fortes" (129).

La loi donne les règles générales auxquelles l'administration doit se soumettre et concède le pouvoir discrétionnaire seulement quand elle ne peut aller plus loin dans sa réglementation et se trouve en présence "de la fronde exubérante de la vie administrative moderne, véritable forêt vierge, où ne peut entrer le gros des forces législatives" (130). Lopez-Rodó poursuit : "Ainsi la réglementation légale ne peut-elle aller plus loin que ce qui est catégoriquement prévisible, c'est-à-dire ce qui est susceptible d'être déterminé par des concepts théoriques.

Lorsque la loi se voit obligée de recourir à des concepts pratiques, ceux-ci peuvent donner lieu à plusieurs interprétations ; il y a donc marge pour l'appréciation et, par conséquent, il y a pouvoir discrétionnaire.

Il est normal qu'il en soit ainsi, que le droit s'ouvre à l'administration, car il ne peut pas toujours réaliser d'une manière adéquate sa fonction de mise en ordre en se limitant à comprimer dans une formule juridique rigide tous les aspects multi-formes de situations de fait indéterminées, oscillantes, qui subissent l'influence de la vie sociale et se modèlent, se colorent de façons diverses. C'est pourquoi le législateur opère avec des concepts mobiles et indéterminés tels que les concepts de "bonnes mœurs", d'"équité" (d'"intérêt de la famille" -en droit privé) etc..., qui introduisent une multitude de concepts sociaux et économiques dans le droit" (131).

Il serait en effet navrant que "le principe de légalité ait des exigences si constamment strictes qu'elles imposeraient trop souvent à l'administration des comportements inopportuns" (132).

56 - La justification du pouvoir discrétionnaire est donc essentiellement une justification pratique : il est un moyen indispensable dans certains cas, pour l'organisation étatique de tendre à sa fin qui est la réalisation du droit, en d'autres termes plus imagés, il est "l'organe respiratoire du système juridique positif" (133).

(128) R. Chapus, op. cit., N° 1076, p. 662.

(129) L. Lopez-Rodó, précité, p. 575.

(130) Id.

(131) L. Michoud conteste qu'il y ait ici pouvoir discrétionnaire. V. son "Étude sur le pouvoir discrétionnaire de l'administration", Rev. gén. dt. adm. 1914, p. 11, ainsi que notre étude N° 65.

(132) R. Chapus, op. cit., p. 660, N° 1074.

(133) Selon l'image de Polanco, cité par Lopez-Rodó, op. cit., p. 577.

À ce point de l'analyse, il nous faut réunir les réflexions pour définir enfin le concept de pouvoir discrétionnaire.

### *Paragraphe III - Unité du concept de pouvoir discrétionnaire*

57 - Se demander si, en réalité, l'idée de pouvoir discrétionnaire en droit privé n'est pas tout simplement radicalement différente de celle rencontrée en droit administratif (A), puis tenter de définir, en fonction de la réponse obtenue, le concept de pouvoir discrétionnaire (B), sont deux nouvelles étapes à franchir.

#### *A - Unité ou dualité ?*

58 - M. Ricci, dans sa thèse, a eu cette démarche pour découvrir si l'idée de pouvoir discrétionnaire en droit fiscal était la même que celle habituellement évoquée en droit administratif. Aussi nous contenterons-nous de vérifier si cette démarche peut s'adapter au pouvoir discrétionnaire des juges du fond en droit privé (134).

59 - D'emblée, on pressent, qu'au regard de la logique formelle, le pouvoir discrétionnaire des magistrats ne peut avoir *une nature différente* de celle du pouvoir discrétionnaire de l'administration. "*Sauf à contester que ce pouvoir soit une notion : en effet, si l'on décide qu'il est simplement une pratique, il sera plus facile de lui conférer des traits multiformes et variables selon le temps et l'espace. En revanche s'il est un concept, il n'est pas concevable qu'un même concept puisse, en même temps et sous le même rapport, avoir et n'avoir pas tel caractère qui le fait tel*" (135). C'est là un des principes premiers de l'analyse ontologique : "*S'il y a deux blancs (...), c'est qu'au moins l'un des deux n'est pas seulement, ou purement, ou totalement, blancheur. L'un peut être le Blanc-en soi-, la Blancheur subsistante : et alors il répugne à toute multiplication et à toute graduation. Il n'y a qu'un Blanc-en-soi, et il est aussi blanc qu'on peut être. Mais l'autre ne peut être le Blanc-en-soi sous peine de se confondre purement et simplement : car, s'ils étaient l'un et l'autre, seulement, purement ou totalement Blancheur, ils ne présenteraient aucune différence, et seraient purement et simplement le même. Si donc, réellement ils sont deux, c'est qu'il y a, au moins dans l'un, outre le principe réel déterminant qui le fait blanc, un principe tout aussi réel, mais distinct qui le fait ce blanc*" (136).

Ainsi la logique formelle rend-elle inconcevable l'idée de deux pouvoirs discrétionnaires ayant chacun ses caractères propres, radicalement distincts l'un de l'autre. Dès lors le pouvoir discrétionnaire des juges a le même fondement que celui de l'administration, mais peut-être n'a-t-il pas la même extension ou la même consistance. Différence de degré, différence de champ d'application, mais aucunement différence de nature.

60 - Avant d'aller plus loin, il y a lieu de vérifier, avec L. Michoud (137) que le pouvoir discrétionnaire de l'administration est bien semblable à celui des juges du fond. L'analyse montre qu'il est incontestable que les tribunaux, dans des cas très nombreux mais qui, dans l'ensemble de leur mission, apparaissent comme exceptionnels, accomplissent des actes qui n'ont pas le caractère juridictionnel et qui,

(134) J.-C. Ricci, thèse précitée, p. 17-18-19.

(135) id., p. 18.

(136) V. J.-C. Ricci, thèse précitée, p. 18-19.

(137) L. Michoud, "Étude sur le pouvoir discrétionnaire de l'administration" précité, p. 23 et s.

par leur nature, rentrent dans la fonction administrative. Il en est ainsi notamment pour les actes compris dans ce qu'on appelle la *jurisdiction gracieuse*. Et il en est de même dans beaucoup d'autres cas, notamment quand le juge règle la conduite de l'instance par des considérations d'opportunité et de bonne administration de la justice. Il s'agit d'actes pour lesquels le juge a le pouvoir discrétionnaire au même sens que l'administrateur.

Si nous envisageons le rôle des tribunaux dans l'exercice de la *jurisdictio* proprement dite, le pouvoir discrétionnaire existe aussi chaque fois que le juge, une fois constatés et le fait et la règle de droit, dispose d'une certaine liberté de décision quant aux conséquences à en tirer (138).

61 - Ainsi le pouvoir discrétionnaire, principe pour l'administration, exception pour le juge, est-il un même concept qu'il faut maintenant définir aussi précisément que possible.

#### *B - Le concept de discrétionnalité : essai de définition*

62 - Octroyer un "pouvoir discrétionnaire" selon nous, consiste à s'en remettre à quelqu'un en qui l'on a confiance, par le biais d'une *délégation*, pour qu'il juge, en son âme et conscience, avec tout le soin qu'il pourra y mettre, de la solution à adopter dans un cas particulier où aucune règle n'existe concernant l'appréciation à porter.

Cette notion repose, par conséquent, à la fois sur un postulat de confiance de la part de celui qui octroie le pouvoir et sur un postulat de bonne foi -et de compétence- de la part de celui qui le reçoit. Ce dernier à un choix à faire, une appréciation à porter, une décision à prendre.

"Il est ainsi mis dans une situation qui n'est *ni de contrainte* -puisque la libre appréciation du choix n'est pas susceptible de contrôle par rapport à une vérité déterminée- *ni situation de liberté* -car l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire ne permet aucunement de faire n'importe quoi.

Il semble, en réalité, que la notion de pouvoir discrétionnaire corresponde, pour celui qui en est investi, à un type particulier d'obligation qui est l'*obligation de diligence*" (139).

63 - "Ce pouvoir apparaît chaque fois que, malgré l'*indétermination* d'une situation ou d'une règle juridique, un choix doit être fait : il se trouve donc, plus ou moins développé, dans toutes les fonctions de l'État. Il existe, délégué par le peuple, au plus haut degré dans la fonction législative. Le législateur va jouir d'une liberté très large mais son pouvoir discrétionnaire n'est pas absolu. Il reste toujours subordonné à la réalisation du droit, mais il permet le choix en tant de solutions qu'il est souvent difficile de dire s'il en a été fait un mauvais usage.

Il existe, à titre normal et habituel dans la fonction gouvernementale et administrative. Il existe enfin, à titre exceptionnel seulement, dans la fonction judiciaire. Dans ces deux derniers cas, le pouvoir discrétionnaire n'a pas la même ampleur que dans celui du législateur : nous sommes en présence d'autorité subordonnées qui n'ont pas de volonté propre. Leur rôle est un rôle d'exécution : elles ne déterminent pas les buts auxquels tend leur action : ces buts leur sont imposés. Ce n'est que pour la réalisation de ces buts qu'elles peuvent avoir une certaine latitude

(138) Le chapitre II du titre II de cette étude illustrera cette affirmation en s'attachant à l'étude du pouvoir discrétionnaire des juges du fond en droit substantiel.

(139) J.-P. Henry, "Une nouvelle fonction pour l'erreur manifeste", A.J.D. A., 1979, p. 23.

dans le choix des moyens. Elles disposent alors du pouvoir discrétionnaire que le législateur leur aura implicitement, ou explicitement, concédé" (140).

64 - Il convient cependant de se prémunir contre une erreur possible : le pouvoir discrétionnaire ne recouvre pas tous les cas où le juge ou bien l'administrateur ont une appréciation à porter. Ainsi le pouvoir d'appréciation qu'ils ont, par la force des choses, sur la constatation du fait ainsi que sur la constatation de la règle de droit, ne constitue pas l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire car en théorie il n'existe qu'une seule solution exacte ; la divergence possible des solutions ayant pour cause unique l'insuffisance, l'incertitude des jugements humains. En effet, l'existence du fait ou de la règle ne dépend aucunement du juge ou de l'administrateur.

65 - L. Michoud refuse de voir l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire dans le cas où la loi met le juge ou l'administrateur en devoir d'apprécier des concepts légaux imprécis tel que "l'ordre public", les "bonnes mœurs", "l'équité"... (141). Nous nous rangeons, pour notre part, du côté de L. Lopez-Rodô pour considérer, à l'inverse, qu'il y a bien là exercice d'un pouvoir discrétionnaire, délégation du législateur au juge, ou à l'administrateur, pour apprécier quelle interprétation à donner du concept sera la plus appropriée à la situation qui lui est soumise (142).

Le juge, ou l'administrateur, ne sont pas ici dans une situation de dépendance vis-à-vis du fait ou de la loi, mais bien chargés d'apporter leur appréciation, de choisir une interprétation, qui ne sera pas remise en cause, sans laquelle la décision ne peut-être prise, ni la loi appliquée : ils sont donc mis en situation de *décider* et non pas simplement de *constater*. Nous sommes ici à "*la limite naturelle des règles juridiques*", selon l'expression de Lopez-Rodô (143), là où justement le pouvoir discrétionnaire doit être accordé.

66 - Ainsi, selon nous, le pouvoir discrétionnaire des juges du fond en droit privé, existe-t-il chaque fois qu'ils ont, une fois les faits constatés, une certaine liberté quant aux conséquences à en tirer, qu'ils ont donc soit à apprécier l'opportunité d'une mesure à prendre, soit à interpréter des concepts légaux indéterminés, soit enfin à juger en se demandant ce qu'exige l'équité.

Le pouvoir discrétionnaire est par conséquent différent du pouvoir souverain qu'on leur attribue, et le contraire de l'arbitraire, ce que nous devons maintenant vérifier.

## Section II - Entre confusion et assimilation : pouvoir souverain et arbitraire

67 - Le pouvoir discrétionnaire, notion, nous avons pu nous en rendre compte, intellectuellement très riche et excessivement difficile à cerner, ne manque pas d'être confondu avec le pouvoir souverain d'une part (§ 1), assimilé à l'arbitraire d'autre part (§ 2).

(140) V. Giraud, précit., p. 199.

(141) L. Michoud, précit., p. 11.

(142) Lopez-Rodô, op. cit., p. 577 ainsi que notre étude N° 55 où nous avons repris ses réflexions à ce propos.

(143) id. p. 577.

*Paragraphe I - Pouvoir discrétionnaire et pouvoir souverain*

68 - Dans l'esprit de la plupart d'entre nous les éléments de pouvoir discrétionnaire qui subsistent, et dont sont investis les juges du fond, sont autant de vestiges de leur souveraineté passée que, "*dans le naufrage (de cette dernière) l'Océan aurait négligé d'engloutir*" (144).-

C'est sans doute confondre les deux notions ; les exemples de confusion ne manquent d'ailleurs pas (A) ; c'est par conséquent ne pas respecter la distinction que l'étymologie d'une part, la Cour de cassation d'autre part, opèrent entre elles (B).

*A - De la confusion entre deux pouvoirs différents*

69 - Comme le remarque J.-P. Legros en 1987, les auteurs ne distinguent pas nettement le pouvoir discrétionnaire du pouvoir souverain (145). Ainsi Faye insère-t-il le paragraphe qu'il consacre au pouvoir discrétionnaire dans un chapitre relatif au pouvoir souverain (146). M. Couchez, commentant le pouvoir accordé au juge en matière de production forcée de pièces, affirme : "*Cela étant, le pouvoir accordé au juge d'ordonner la production est une faculté dont (il) use en principe souverainement (...). La Cour de cassation affirme d'ailleurs de manière constante que le juge dispose en (la) matière d'un pouvoir "discrétionnaire". Il poursuit : "Toutefois cette "souveraineté"..."*" (147).

70 - La Cour suprême ajoute à cette confusion en employant à peu près indifféremment l'un pour l'autre les deux termes (148). Ainsi :

- En matière d'astreinte : la troisième Chambre civile affirmait-elle le 8 mars 1977 : "*Mais attendu que les juges du fond disposent d'un pouvoir souverain pour assortir leur décision d'une astreinte...*" (149), alors que la seconde chambre civile statuait ainsi le 21 mars 1979 : "*Mais attendu qu'aux termes des art. 5 et 6 de la loi du 5 juillet 1972, les tribunaux peuvent ordonner une mesure d'astreinte définitive (...); que les juges jouissent à cet égard d'un pouvoir discrétionnaire...*" (150).

- En matière d'octroi de délai de grâce : la 1<sup>o</sup> chambre civile, le 28 novembre 1973 affirmait : "*le juge du fond tire de l'article 1244 du Code civil le pouvoir d'accorder souverainement, sans condition aucune, des délais de paiement...*" (151), alors que la chambre commerciale le 21 janvier 1953 avait estimé "*que (l'art. 1244 C. civ.), qui invite les juges à prendre en considération la position du débiteur et à tenir compte de la situation économique, leur laisse néanmoins le pouvoir d'apprécier souverainement si, dans les limites qu'il fixe, des délais peuvent être accordés au débiteur ; qu'en se croyant liés par des critères légaux alors qu'ils ne l'étaient pas, les juges du fond ont donc méconnu l'étendue de leur pouvoir discrétionnaire*" (152). Ils étaient libres "*à la fois de la mesure du délai à accorder au débiteur -sous réserve de rester*

(144) Nous avons emprunté cette image à L. Michoud, op. cit., p. 197.

(145) Legros, thèse précitée, p. 550.

(146) Faye, op. cit., p. 166-167-168. V. *supra* N° 24.

(147) G. Couchez, Juris. proc. civ., Fasc. 623, N° 32-33. Les guillemets encadrant les termes *discrétionnaire* et *souveraineté* sont de l'auteur et révèlent assez la prudence avec laquelle il manie ces deux notions.

(148) Ainsi que nous avons déjà eu l'occasion de le souligner N° 30. M. Boré constate aussi ce fait, op. cit., N° 1607, p. 509.

(149) Cass. Civ. 3<sup>o</sup>, 8 mars 1977, Bull. civ. III, N° 110.

(150) Cass. civ. 2<sup>o</sup>, 21 mars 1979, D. 79, JPce, p. 449.

(151) Cass. civ. 1<sup>o</sup>, 28 nov. 1973, Bull. civ. I, N° 330.

(152) Cass. com. 21 janv. 1953, D. 1953, 197, commentée par J. Boré, op. cit., N° 1600.

*dans la limite maximale d'un an prévue à l'époque- et de leur décision de lui accorder ou non ce délai"* (153).

Recenser systématiquement tous les cas de confusions n'aurait que peu d'intérêt (154), aussi nous en tiendrons-nous à ces quelques exemples.

71 - Il importe d'essayer d'expliquer les raisons de cette confusion dont les conséquences sont importantes puisqu'elle empêche de connaître précisément les domaines respectifs du pouvoir souverain et du pouvoir discrétionnaire. Pouvoirs dont la nature est par ailleurs fondamentalement différente.

#### *B - Distinction du pouvoir discrétionnaire et du pouvoir souverain*

72 - **Sens commun** : L'étymologie nous enseigne que le terme *souverain* provient de l'adjectif "*superus, a, um*" qui signifie : "qui est au-dessus", "qui est en haut, supérieur".

Le pouvoir souverain est donc au plus haut degré dans son genre ; il confère à son titulaire un pouvoir absolu. Sans doute le "souverain" ne doit-il pas agir de façon capricieuse et l'on a toujours admis qu'il a des devoirs ; ceux-ci ne sont cependant que des obligations morales. L'exercice du pouvoir souverain implique par conséquent que celui qui en est investi n'ait aucune autorité au-dessus de lui pour le diriger ou le contrôler (155).

Le titulaire d'un tel pouvoir peut, si telle est sa volonté ou parfois parce qu'il est dans son intérêt de le faire, le déléguer tel quel, ou bien dans un cadre qu'il fixe lui-même. Dans le second cas la délégation opère alors transfert du pouvoir sous condition, pour le délégataire, d'en user avec diligence, en respectant le but qui lui est fixé et les limites qui lui sont imposées ; à ces conditions seulement ce dernier, investi par conséquent d'un pouvoir discrétionnaire, bénéficiera en quelque sorte d'un régime de liberté surveillée et verra sa décision ne pas être remise en cause.

Ainsi *le pouvoir discrétionnaire est-il en-deçà du pouvoir souverain* puisque émanation de ce dernier : il est une sorte de pouvoir souverain "domestiqué", enrichi de l'obligation d'agir au mieux, avec un réel souci de choisir la solution la plus adaptée.

La confusion provient peut-être en partie du fait que pouvoir discrétionnaire et pouvoir souverain vont de pair : en effet, le pouvoir discrétionnaire, conféré au magistrat lors de l'élaboration de sa décision, a pour effet de rendre cette dernière "souveraine" parce qu'incontrôlée (156). Tout se passe comme si l'exercice du pouvoir discrétionnaire, situé en amont dans le processus d'élaboration d'une opinion ou d'une sentence, entraînait nécessairement, c'est-à-dire inévitablement, en aval, la souveraineté de la solution adoptée, dès lors qu'un bon usage en a été fait.

Mais la confusion s'explique aussi en partie par l'utilisation que la Cour suprême fait de ces termes.

---

(153) Ce pouvoir des juges du fond d'apprécier l'opportunité des délais de grâce a été affirmé à maintes reprises par la Cour de cassation. V. en ce sens Req. 7 juin 1859, D.P. 60.1.21 ; 8 nov. 1982, D. 93.1.33.

(154) V. encore quelques cas de confusion flagrante : Cass. com. 29 mai 1979, D. 79, IR, p. 534 ; ou bien Ph. Gerbay, "Réflexions sur la juridiction du premier président de la Cour d'appel", D. 80, chron. X, N° 18, N° 25. Etc...

(155) L. Michoud, précité, p. 196.

(156) Affirmation à nuancer ; nous préciserons dans notre chapitre II cette question du contrôle opéré en cas de pouvoir discrétionnaire.

73 - Sens entendus par la Cour de cassation - Lorsque la Cour suprême investit les juges du fond d'un *pouvoir souverain* dans la constatation et l'appréciation des faits (157) et des éléments de preuve (158), elle leur donne une liberté importante puisqu'elle n'exerce aucun contrôle de l'interprétation qu'ils ont faite. Il s'agit pour ces derniers d'approcher le plus possible de la réalité puisque *théoriquement* une seule interprétation est juste. Pour ce faire la Cour s'en remet à leur décision mais exige tout de même d'eux qu'ils indiquent les motifs de leur décision, c'est-à-dire qu'ils la justifient. Leur présence seule est contrôlée et non leur valeur. Cette exigence s'explique par l'obligation de motiver les jugements que pose l'art. 455 N.C.P.C. et parce que, sans eux, la Cour suprême ne pourrait exercer son contrôle de la qualification légale.

Ce qu'il nous faut retenir, c'est que la Cour décide elle-même de ce qui relève ou non du pouvoir souverain des juges du fond parce qu'elle est maîtresse de son contrôle. Ce pouvoir n'est pas expressément prévu par un texte. Il en va différemment lorsque les magistrats sont investis, *par la loi*, d'un *pouvoir discrétionnaire*.

Ce dernier se distingue du pouvoir souverain et paraît *a priori* correspondre à un degré de liberté plus élevé parce que les juges sont alors *dispensés* de l'obligation de motivation par dérogation, exceptionnelle, à l'art. 455 N.C.P.C. Quels que soient les motifs qui ont pu être donnés, la décision prise échappera à la Cour suprême qui tiendra ces motifs pour surabondants.

Ainsi, l'absence de motivation fait-elle naître le sentiment que le pouvoir discrétionnaire est au-delà du pouvoir souverain.

En réalité, l'inversion du rapport entre les deux pouvoirs n'est qu'apparente et si la motivation n'est pas contrôlée par la Cour suprême, c'est pour la simple raison que le pouvoir discrétionnaire est un pouvoir encadré, que le cadre fixé empêche par conséquent, en principe, les débordements, qu'il n'y a donc lieu de vérifier qu'une seule chose : que les limites imposées par la loi ont bien été respectées (159). La Cour de cassation, en d'autres termes, n'a aucun besoin de cette motivation, aussi en dispense-t-elle le juge (160).

L'illusion s'évanouit lorsqu'on se souvient que le pouvoir discrétionnaire est octroyé par la loi, alors que le pouvoir souverain l'est par la Cour de cassation elle-même. Ainsi, c'est par rapport au pouvoir souverain du législateur qu'il faut apprécier le pouvoir discrétionnaire des juges : il apparaît bien, alors, soumis et, en-deçà, du pouvoir souverain, tandis que le pouvoir souverain des juges indique que la Cour suprême leur transmet tel quel son pouvoir pour certaines appréciations.

Ils ne sont alors soumis à aucune contrainte, aucun cadre parce que devenus à leur tour *souverains* et si la Cour exige d'eux une motivation, ce n'est pas, comme nous l'avons vu, pour contrôler l'interprétation qu'ils ont donnée, mais bien parce que cette motivation lui est utile à l'exercice d'un autre contrôle.

(157) Sous quelques réserves dont la plus notable est sans doute la dénaturation.

(158) Sous réserve qu'ils forment leur conviction seulement sur des preuves légalement autorisées, sans méconnaître la force probante qui s'attache à certains actes comme les jugements passés en force de chose jugée. Comme nous avons déjà eu l'occasion de le souligner (N° 11), la Cour de cassation ne contrôle pas tout et se prononce au fil des espèces : aussi le domaine du pouvoir souverain n'est-il pas limité à l'appréciation des faits ou des éléments de preuve. La synthèse la plus récente, à notre connaissance, a été faite par J.-P. Legros dans sa thèse précitée, à laquelle nous renvoyons, p. 534 et s.

(159) Cette explication n'est satisfaisante que du point de vue théorique et n'évacue pas tout risque d'arbitraire. (aussi reprendrons-nous cette réflexion dans le chapitre II de notre étude), mais permet de montrer que la dispense de motivation n'inverse pas le rapport pouvoir souverain - pouvoir discrétionnaire.

(160) Remarquons qu'il s'agit d'une *dispense*, nullement d'une *interdiction*.

L'inversion du rapport provient donc de ce qu'on n'apprécie pas le pouvoir discrétionnaire du juge par rapport au pouvoir souverain du législateur comme il le faudrait, mais bien par rapport à celui de la Cour suprême.

### *Paragraphe II - Pouvoir discrétionnaire et arbitraire*

74 - La définition de l'arbitraire empêche absolument de l'assimiler au pouvoir discrétionnaire (A). Dénoncer l'arbitraire là où il existe dans notre société nous est apparu par ailleurs nécessaire (B).

#### *A - Définition*

75 - De la confusion - G. Giudicelli-Delage, dans sa thèse, affirme à propos des jugements sur le fond rendus par les juridictions militaires : "*Il leur est interdit de révéler leurs motifs. C'est leur laisser tout pouvoir. Un pouvoir arbitraire. Ou plutôt c'est forcer à exercer un pouvoir discrétionnaire*" (161). Elle ajoute, s'agissant des actes d'administration du juge : "*Une fois de plus, il s'agit de laisser toute liberté au juge : (la dispense de motivation) renforce le caractère discrétionnaire du pouvoir du juge*" (162).

Ces affirmations appellent deux réflexions :

- Dire d'une part qu'interdire de révéler ses motifs équivaut, pour un tribunal, à lui conférer un pouvoir arbitraire est, selon nous, confondre absence de motifs dans la prise de décision et dispense -ou interdiction d'exposer les motifs-réels et sérieux- qui fondent cette même décision ; ce qui n'est pas la même chose du tout puisque dans un cas il s'agit bien d'un pouvoir arbitraire, alors que dans l'autre il ne s'agit que de protéger des intérêts considérés comme supérieurs (163).

- Elles confirment que l'assimilation discrétionnaire - arbitraire est bien réelle. Pourtant la différence est évidente.

76 - À propos de l'arbitraire. - M. Atias s'interrogeant sur le sens de la continuité historique du droit, écrit : "*Un sentiment commun paraît être que le droit s'améliore, qu'il va plutôt dans le bon sens. Cette amélioration ne se réfère probablement pas à un juste objectif. Si elle évoque une idée assez abstraite et vague de la justice, elle se réfère beaucoup plus nettement à l'efficacité de la lutte contre l'arbitraire*". Il ajoute alors : "*Ce qui paraît reculer c'est la volonté déchainée, c'est le caprice*" (164). Voici qualifié l'arbitraire qui n'a de règle que la seule volonté. Terme qui emporte l'idée odieuse de quelque chose d'illégitime, de contraire à des règles, de capricieux, de despotique. Celui qui agit arbitrairement le fait à son gré sans tenir aucun compte des règles posées : en cela l'arbitraire est au-delà du droit.

Il se distingue par conséquent fondamentalement du pouvoir discrétionnaire qui, loin de privilégier seulement l'aspect subjectif, impose à son titulaire de

(161) Thèse précitée, p. 237 ; peut-on vraiment parler d'un pouvoir arbitraire ?

(162) Id., p. 238. - M. Boré assimile aussi, semble-t-il, arbitraire et discrétionnaire en affirmant que "(le montant de l') astreinte (...) sera arbitrairement fixé par le juge" à qui le législateur a donné un pouvoir discrétionnaire en la matière ; cf. "La collaboration du juge et du législateur dans l'astreinte judiciaire", Mélanges Ancel, Tome I, p. 283.

(163) La frontière n'est pas nettement marquée et le risque de dérive vers l'arbitraire est très grand comme nous le verrons par la suite.

(164) Ch. Atias, "Théorie contre arbitraire", P. U.F., Les voies du droit, 1987, p. 13. V. aussi J. Carbonnier, "Flexible droit", L.G.D. J., Paris, 1988, p. 174.

l'exercer en tenant compte le plus possible des données objectives de l'affaire qui lui est soumise.

Discrétionnaire ne veut pas dire arbitraire : cela, tous les auteurs qui ont étudié le pouvoir discrétionnaire l'affirment. MM. Vedel et Devolvé le soulignent à propos de l'administration "*qui a un pouvoir discrétionnaire pour juger de l'avancement ou des décorations qui sont (donc) attribués aux plus méritants*" (165). MM. Merle et Vitu font de même, à propos du pouvoir discrétionnaire dont est investi le président de la Cour d'assises, en affirmant : "*Mais ce pouvoir n'est nullement arbitraire, car l'article 310 le remet à la conscience et à l'honneur de ce magistrat*" (166).

Et L. Michoud va plus loin lorsqu'il souligne que "*Ne pas faire usage du pouvoir dont (l'administrateur) dispose, notamment ne pas user de son pouvoir discrétionnaire là où il le possède, c'est violer la loi et enlever aux particuliers une garantie d'un examen spécial et attentif, qu'elle a voulu leur accorder*" (167).

En droit, nous le voyons, aucun pouvoir, que ce soit le pouvoir discrétionnaire de l'administration, juge de l'opportunité et de l'intérêt général, que ce soit celui du juge du fond, que ce soient les pouvoirs de décision de la majorité d'une assemblée générale ou ceux d'un conseil d'administration, ou celui d'un particulier à qui, par convention, une tâche d'appréciation ou de répartition est confiée, ne peut s'exercer de façon arbitraire, c'est-à-dire déraisonnable.

Ainsi le pouvoir discrétionnaire, enserré dans un cadre légal, est-il à l'opposé de l'arbitraire, dont Montesquieu disait qu'il était le signe même du despotisme (168).

Une question se pose alors : est-il certain que l'arbitraire n'existe plus dans l'État moderne (169) ? Il est permis d'en douter.

### B - Présence de l'arbitraire

77 - La théorie des actes de gouvernement - On appelle "acte de gouvernement" certains actes accomplis par des autorités administratives qui ne sont susceptibles d'aucun recours devant les tribunaux, tant administratifs que judiciaires. Il apparaît tout de suite que cette théorie est radicalement différente de celle du pouvoir discrétionnaire (170). Théorie d'origine jurisprudentielle puisque c'est la jurisprudence administrative qui l'a consacrée et qui détermine à chaque époque quels actes "*échappent par leur nature au contrôle des tribunaux*" (171), le seul texte qui puisse être considéré comme la confirmation, sinon la source de l'acte de gouvernement, est l'art. 26 de la loi du 24 mai 1872 aux termes duquel "*les ministres ont le droit de revendiquer devant le Tribunal des conflits, les affaires portées à la section du contentieux et qui n'appartiennent pas aux tribunaux administratifs*" (172).

L'acte de gouvernement se caractérise par une immunité juridictionnelle absolue tant en ce qui concerne le recours en annulation contre l'acte lui-même, qu'en ce qui concerne le recours en annulation pour excès de pouvoir.

(165) G. Vedel, P. Devolvé, "Droit administratif", *Thémis*, P.U.F., 1988, p. 438.

(166) R. Merle, A. Vitu, "Traité de droit criminel", Cujas, 6<sup>e</sup> éd., 1988, p. 709.

(167) L. Michoud, précité, *Rev. gén. d'adm.* 1915, p. 196.

(168) V. L. Michoud, id. ; "Le despote sans loi et sans règle entraîne tout par sa volonté et son caprice".

(169) Nous entendons en France, en 1992.

(170) de l'administration.

(171) Selon les termes généralement employés par le Conseil d'État et le Tribunal des conflits.

(172) V. A. de Laubadère, J.-C. Venezia, Y. Gaudemet, "Traité de droit administratif", L.G.D. J., tome I, 10<sup>e</sup> éd., 1988, p. 529. Nous renvoyons à cet ouvrage qui donne la liste jurisprudentielle des actes de gouvernement.

L. Michoud, en 1915, critiquait déjà cette théorie : "*Ce qui (en) fait la gravité, c'est qu'elle met hors droit toute une catégorie d'actes. Elle consacre non l'inviolabilité du pouvoir discrétionnaire, mais celle du pouvoir arbitraire*" (173). Bien des années plus tard, en 1988, MM. De Laubadère, Venezia et Gaudemet constataient : "*L'acte de gouvernement paraît bien représenter (...) plutôt que l'expression d'une fonction particulière de l'État, une catégorie de décisions dont la soustraction au contrôle contentieux s'explique plus par des raisons politiques que juridiques*" (174). Et comme chacun sait que "*la politique suit une mécanique qui n'a rien à voir avec la justice*" ... (175).

78 - Raison d'État et arbitraire - L'art.6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen dispose : "*La loi doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse. Tous les citoyens étant égaux à ses yeux, sont également admissibles à toutes les dignités, places et emplois publics, selon leur capacité et sans autre distinction que celle de leurs vertus et leurs talents*".

Au nom de la Raison d'État, cette disposition est violée chaque jour en France. Tous les citoyens français n'ont pas, en 1992, le droit de devenir Officier de leur armée, d'accéder comme les autres aux grandes écoles que sont l'École Polytechnique ou l'École Nationale d'Administration. Ils sont, en effet, décrétés *suspects* aux yeux de la Direction de la protection et de la sécurité de la défense, et cela suffit à leur ôter certains des droits auxquels ils peuvent légitimement prétendre d'après la Constitution de 1958. Cet organe n'indique pas à celui qu'il condamne, *sans le juger*, les raisons qui l'ont conduit, par exemple, à le radier du Corps des Officiers ; il ne le reçoit pas avant de prononcer sa décision, qui, bien évidemment, est sans appel possible.

Ainsi le fait d'avoir passé sa jeunesse à l'Est sans avoir eu de conflit avec les autorités locales, d'avoir de la famille dans un pays considéré comme ennemi, constitue la "preuve" indéniable qui *suffit* à prononcer une condamnation dont les conséquences sont immenses. Cela dans le plus parfait arbitraire mais aussi dans le plus parfait secret.

Robespierre disait : "*Quand c'est de notre République qu'il s'agit, nous avons tous les droits*". Qu'il soit permis de penser, en se souvenant de la Terreur de 1793, qu'il avait tort et que la France gagnerait beaucoup si ses dirigeants renonçaient à permettre qu'ainsi les droits les plus fondamentaux des citoyens soient bafoués, en toute impunité, puisqu'avec l'aval de la loi (176), au nom d'une Raison d'Etat aveugle (177).

79 - Se contenter de souligner que l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire ne comporte aucun risque de dérive, serait faire preuve d'une grande ingénuité. Il comporte au contraire de nombreux dangers :

(173) L. Michoud, précité, Rév. gén. d'adm. 1915, p. 227.

(174) Cf. Note 80, p. 535.

(175) Réflexion attribuée à Maximilien Robespierre.

(176) V. Art. L. 78. R. 140 à R. 144 du Code du Service national, ainsi que, pour ce qui concerne les officiers de l'Armée de l'Air, l'instruction N° 2000 / EMAA / 3 / INS du 23 juin 1987.

(177) V. pour plus de précisions : G. Guisnel, B. Violet, "Services secrets : le pouvoir et les services de renseignement sous F. Mitterand", éd. La Découverte, 1988, p. 116 et s. - Romain Gary, "La promesse de l'aube", coll. Folio, éd. Gallimard, 1988, p. 243 et s. Seule la lecture de ces quelques pages permet de faire comprendre, à qui ne l'a point vécu, combien l'arbitraire est intolérable. Nous sommes parfaitement conscient du fait que ces quelques lignes pourront surprendre, rompant apparemment avec la réflexion que nous menons : mais, connaissant, d'expérience, ces pratiques, il nous est apparu indispensable, ayant à évoquer l'arbitraire, de les dénoncer.

- le danger de l'*arbitraire* est évident ;
- le danger de la *maladresse* de la part d'un juge parfaitement intègre, mais timoré ou imprudent ;
- le danger de *divergences par trop importantes* d'appréciation.

Pour parer à ces dangers, la motivation de la décision d'une part, son contrôle d'autre part, sont deux solutions évidentes. Sont-elles compatibles avec l'exercice du pouvoir discrétionnaire du juge, c'est ce qu'il convient de se demander maintenant.

## CHAPITRE II - ENTRE IMPLICITE ET NECESSITÉ : MOTIVATION ET CONTRÔLE

80 - *Implicitement*, l'exercice du pouvoir discrétionnaire par le juge du fond, n'emporte ni motivation, ni contrôle. Il n'y en aurait certes, aucunement besoin dans un modèle idéal où la responsabilité et le discernement des magistrats permettraient d'approcher le plus sûrement possible la solution la plus opportune. Mais c'est se tromper que de croire que le juge peut être parfaitement impartial et parfaitement compétent ; son intelligence, si développée soit-elle, ne lui conférant pas forcément l'aptitude à tout saisir- ; ainsi *nécessairement* l'appréciation discrétionnaire doit-elle pouvoir s'accommoder de la motivation (Section I) et d'une certaine forme de contrôle (Section II).

### Section I - Pouvoir discrétionnaire et motivation

81 - L'Histoire nous a montré combien la motivation avait d'importance dans la lutte contre la toute-puissance (178) ; pourtant la Cour suprême dispense les juges, investis d'un pouvoir discrétionnaire, d'expliquer leur décision. Pour quelles raisons ? Quelle est la signification exacte de cette dispense ? La réponse à ces questions ne pourra être apportée qu'après avoir éclairci la notion de motivation (§ 1) et constaté que des obstacles s'opposent parfois à sa présence (§ 2).

#### *Paragraphe I - La notion de motivation*

82 - Parce que justifiée (A), la motivation est omniprésente dans le droit français (B).

#### *A - Justification de la motivation*

##### a) Formes de la motivation

"Il paraît difficile de parler de *la* motivation, au singulier. L'Histoire a montré que le terme est changeant, que les motivations sont multiples. Deux types de motivation semblent toutefois dominer : d'une part, la *motivation-affirmation*, d'autre part la *motivation-justification*. L'affirmation paraissant être la forme de motivation employée par la Cour de cassation, la justification, celle des juges du fond.

Une certitude est que la motivation est toujours *explication* ; plus juridique, plus abstraite, plus "technicienne" si elle s'adresse à des techniciens, plus

---

(178) V. Introduction, N° 5.

claire, plus simple, moins juridique si elle s'adresse aux parties, à l'opinion publique" (179). Ses formes sont multiples ; ses rôles le sont tout autant.

### b) Rôle de la motivation

#### 1) Envers les plaideurs et l'opinion publique en général

84 - La motivation est un signe de démocratie. La justice se rend, grâce à elle, au grand jour. Les juges sont investis d'une mission. Pour l'accomplir la loi leur en donne les moyens (mesures d'instruction, d'exécution forcée ...). N'est-il pas juste qu'à leur tour, ils s'expliquent ? Ils sont comptables du pouvoir dont ils disposent. La motivation est la contre-partie de ce pouvoir (180), la justification d'une décision prise par un homme, le juge, envers d'autres hommes.

Elle est, dans un régime démocratique, une garantie contre l'arbitraire du magistrat en même temps qu'elle le met à l'abri du soupçon d'arbitraire.

Sur un plan plus psychologique, elle répond à une exigence essentielle de justice car celui qui perd son procès, ou qui encourt une condamnation, peut légitimement exiger d'en connaître les raisons (181).

Elle est, enfin, pour celui qui a perdu, le moyen d'éventuellement faire appel ou de se pourvoir en cassation.

Ainsi, une décision bien motivée apporte-t-elle à ses auteurs un climat d'approbation de l'opinion ; elle fait naître la confiance parce qu'elle garantit d'une bonne justice.

Vis-à-vis des juges du fond, la motivation joue aussi un rôle très important.

#### 2) Envers les juges du fond

85 - La motivation les rend, d'abord, selon la formule de Politis, "*plus attentifs, plus prudents (et) plus respectueux du droit*" (182) ; l'obligation de s'expliquer sur leur décision exige d'eux un effort plus important de réflexion sur les nuances du droit.

Ensuite, elle permet d'assurer que les prétentions des parties ont été correctement comprises par le juge, que le procès n'a pas été modifié dans ses données.

Expliquant le dispositif, une bonne motivation donne, par ailleurs, une meilleure autorité à leurs décisions que ne le ferait une vague énumération de faits et de principes de droit.

Enfin, la motivation est nécessaire à la Cour de cassation pour qu'elle puisse exercer un contrôle effectif de la qualification opérée par les juges du fond, c'est-à-dire du rapprochement qu'ils ont fait entre le fait et le droit. C'est pourquoi il est permis de dire que ces derniers pratiquent une "*motivation-justification*". Ils sont obligés de justifier doublement leur décision : vis-à-vis des plaideurs et vis-à-vis de la Cour de cassation.

Bien que celle-ci ne soit pas dans la même situation, la motivation s'impose à elle pour d'autres raisons.

(179) V. G. Giudicelli-Delage, thèse précit., p. 653 et s.

(180) V. J.-P. Legros, thèse précit., p. 557.

(181) V. A. Touffait et A. Tunc, "Pour une motivation plus explicite des décisions de justice, notamment celles de la Cour de cassation", R.T.D.C. 1974, p. 488.

(182) V. P. M. Juret, "Observations sur la motivation des décisions juridictionnelles internationales", R.G.D.I.P. 1960, p. 520.

## 3) Envers la Cour de cassation

86 - Le rôle de la Cour suprême est d'assurer l'unité du droit. Comment pourrait-il être rempli sans que ses décisions soient motivées ? Il s'agit cependant d'une forme de motivation différente de celle des juges du fond, d'une "*motivation-affirmation*".

La Cour procède par affirmations de principe, dont elle ne fait rien pour éclairer la portée, car elle ne s'adresse qu'à un seul auditoire -les juges inférieurs- et ne vise qu'un seul but - l'unité du droit.

MM. Touffait et Tunc en 1974 (183), avaient critiqué les dangers d'une motivation trop elliptique en dénonçant la tradition d'"*imperatoria brevitatis*" de la Cour suprême : considérer que la concision est une condition de la précision est, selon eux, une erreur qui entraîne le juge à méconnaître le devoir moral qui est le sien, d'expliquer sa décision ; ainsi l'emploi de formules brèves, comportant des mots qui prêtent à toutes les interprétations, ne permet pas de savoir ce qu'est la règle de droit et engendre, en définitive, une grande incertitude (184).

L'incertitude remet alors en cause l'unité du droit et, par un effet de ricochet, l'existence même de la jurisprudence.

En vérité, il est de l'essence de l'action du juge suprême, a-t-on écrit, à la différence de celle du législateur, qu'il explique et justifie sa décision d'une manière qui transcende le cas qui lui est soumis (185). Aussi le juge doit-il, à l'instar du juge de *commun law* qui n'est pourtant pas juridiquement contraint de motiver sa décision, chercher moins à être bref qu'à se faire comprendre ; qu'il décide certes, mais qu'il convainque aussi (186).

87 - Cela vaut, à notre avis, aussi bien pour les juges suprêmes que pour ceux du fond : la seule motivation qui vaille est celle qui est claire et compréhensible au minimum pour ceux à qui elle s'adresse, pour tous, si possible (187). "*Il ne suffit pas que les juges soient justes, il faut encore qu'ils en donnent la preuve*" disait Glasson (188), et la paix sociale est à ce prix. Le jugement dans une société libre, instruite et responsable, ne peut pas s'imposer seulement parce qu'il est un acte d'autorité : il doit être compris, c'est-à-dire "*moralement reçu*" (189).

Ainsi, la motivation est-elle double : une première motivation, chargée de justifier la décision au regard de la *Loi*, laquelle ne peut être que complétée, confortée

(183) A. Touffait et A. Tunc, précit., note 89.

(184) M. Tunc rapporte à ce propos cette anecdote : "Le procureur général près la Cour de cassation reçoit en photocopie tous les arrêts rendus par celle-ci. Un jour, il lit un arrêt, le relit et ne le comprend pas. Intrigué, il (s'en inquiète auprès de) l'avocat général qui avait présenté les conclusions et s'entend répondre : "Naturellement, Monsieur le Procureur général, vous ne pouvez pas le comprendre : vous ne participiez pas au délibéré". Et la commente ainsi : "Est-il si naturel qu'un arrêt de Cour suprême ne soit compréhensible que par ceux qui le rendent ?", in "La Cour suprême idéale", la Cour suprême : étude comparative, R.I.D.C., 1978, N° 1, p. 462.

(185) A. Tunc, "La Cour suprême idéale" précit., p. 465.

(186) A. Touffait, A. Tunc, précit., p. 491. Il convient de souligner cependant que si l'extrême concision est un mal, l'excès de motivation en est un autre. La particularité de la motivation n'est que la conséquence de la position de la Cour de cassation et de sa mission au sein de l'organisation judiciaire. Les écueils sont nombreux ; elle doit en dire assez pour la clarté, mais pas trop pour ne pas se lier. Tout dépend de la prudence des magistrats. Aujourd'hui la position d'équilibre ne semble pas trouvée. V. A. Breton, "L'arrêt de la Cour de cassation", Annales de l'Université de Toulouse, Tome XXIII, Fasc. 1.2. 1975, p. 7 et 30.

(187) C'est parce que la justice est faite pour les justiciables qu'on s'est efforcé de rapprocher le style judiciaire du langage courant : v. A. Touffait et L. Mallet, "La mort des Attendus", chron. XXI, p. 123.

(188) V. P.-M. Juret, op. cit., p. 520.

(189) R. Perrot, "Le rôle du juge dans la société moderne" précit., p. 98.

par une autre, chargée de justifier la décision au regard de la *Raison*. Il ne suffit pas alors "de dire que la justice est bonne lorsqu'elle est conforme à la Loi et à la Raison, que la motivation est bonne lorsqu'elle puise aux sources de la Loi et de la Raison, il faut dire que tout comme la justice n'est bonne que lorsque la Loi est confortée par la Raison, la motivation ne l'est que lorsque les motifs puisés aux sources de la Raison viennent conforter ceux puisés aux sources de la Loi" (190).

Parce qu'elle se justifie si parfaitement, la motivation est partout présente dans la vie juridique.

### *B - Présence de la motivation*

#### a) La motivation de principe des jugements

88 - L'obligation de motiver les jugements est consacrée par les textes de manière générale : prévue par l'art. 455 N.C.P.C. pour la procédure civile ; elle existe aussi en matière pénale (art. 485 du Code de procédure pénale) (191) et administrative (Art. R.172 CTA). Comme le remarque G. Giudicelli-Delage (192), c'est essentiellement par l'intermédiaire du Conseil d'État qu'a pris forme, en droit administratif, l'obligation de motivation. C'est par un emprunt fait à l'organisation judiciaire, par le visa de l'art. 7 de la loi du 20 avril 1810, qu'à partir de 1889, la juridiction suprême administrative donna un fondement légal à l'obligation de motiver les jugements administratifs (193). Dès 1924, le Conseil d'État fait de cette obligation une "*règle générale de procédure*" applicable même sans texte, devant toutes les juridictions administratives (194).

Le droit communautaire impose la même obligation à la Cour de Justice des Communautés Européennes (195).

Les juridictions internationales n'y échappent pas non plus d'autant que les parties sont des États qui ont accepté un arbitrage ; aussi la motivation doit-elle être particulièrement soignée (196).

89 - L'obligation de motivation vise donc toutes les procédures, toutes les juridictions et tous les jugements, cependant, en France, elle n'a pas, contrairement à certains autres pays européens (197), expressément valeur constitutionnelle. En matière pénale, la motivation a valeur légale puisque l'art. 34 de la Constitution dispose que la procédure pénale relève exclusivement de la loi. Il n'en est pas de même en matière civile où, après avoir été inscrite dans la Constitution de l'An III,

(190) Cf. Giudicelli-Delage, thèse précit., p. 651-652.

(191) Il est couramment admis que les arrêts de la Cour d'assises ne sont pas motivés. Or c'est une décision juridictionnelle donc tombant sous le coup de l'obligation de motiver. Un très vieil arrêt de la Chambre criminelle du 19 févr. 1897 (Bull. Crim. N° 66) le rappelle expressément. L'erreur provient de ce que cette décision entendait par motivation la présence, dans la rédaction de la sentence, des questions, des réponses, ainsi que la mention de la culpabilité. Or cette "motivation-affirmation", expressément prévue par l'art. 366 al. 1 du Code de procédure pénale, existe bien dans les jugements ; ce qui n'y figure pas, c'est la "motivation-explication", notion actuelle de la motivation, qui doit indiquer le raisonnement suivi par les juges. - Ainsi, si l'on se réfère à la conception ancienne de la motivation - simple visa des textes, simple visa de la culpabilité-, les décisions des Cours d'assises respectent bien l'obligation légale de motivation ; si maintenant l'on se réfère à la notion moderne, il est un fait que ces mêmes décisions ne sont pas motivées.

(192) Thèse précitée, p. 15.

(193) *id.*, note 192

(194) C. d'É. 5-12-1924 Legillon, Rec. 1924, p. 985.

(195) Traité CECA art. 30 ; CEE art. 33 ; Euratom, art. 34.

(196) V. P. M. Juret précité, p. 517 et s.

(197) La Belgique notamment, art. 97 de la Constitution.

puis dans une loi -le Code de procédure civile de 1806- et dans la loi du 20 avril 1810, elle ne figure plus que dans le N.C.P.C. qui n'a qu'une valeur réglementaire. En effet, aux termes de l'art. 37 de la Constitution "*Les matières autres que celles du domaine de la loi ont un caractère réglementaire*" ; or la procédure civile n'est pas citée à l'art. 34. (198).

90 - C'est pourquoi, en 1983, le Ministre de la Justice a pu dans le cadre d'un "*plan de sauvetage de l'institution judiciaire*" (199) envisager, parmi d'autres mesures, d'alléger la motivation. L'idée était que les magistrats du siège gagneraient un temps précieux s'ils pouvaient rendre leur décision sous forme simplifiée, au lieu d'avoir à résumer longuement les arguments des parties en présence.

La Cour d'appel de Poitiers a ainsi tenté une expérience *en vue de réduire la rédaction des décisions mais non leur motivation*, supprimant l'exposé des prétentions et moyens des parties (par renvoi à leurs conclusions) (200). Ce qui est contraire au texte même de l'art. 455 N.C.P.C. qui exige une telle relation même succincte. L'exposé des faits et de la décision de première instance était réduit à quelques lignes. La Cour posait les questions essentielles à trancher et y répondait.

La Cour de cassation cassa systématiquement les décisions rendues de cette manière en visant l'art. 455 (201). L'expérience avait pourtant permis d'augmenter le nombre des arrêts prononcés, de réduire les délais de traitement des procédures de plusieurs mois, et ne supprimait ni un examen approfondi du dossier, ni la motivation, mais seulement sa rédaction.

Selon nous, la décision de la seconde Chambre civile du 31 janvier 1985 par laquelle elle a admis que "*l'utilisation dans la rédaction d'une décision judiciaire, de motifs établis d'avance sur un formulaire, n'est prohibée par aucun texte et ne saurait être considérée comme incompatible avec l'art. 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme*", porte beaucoup plus atteinte à l'intérêt des justiciables (202). M. Guinchard s'inquiète de cette décision, à juste titre, craignant que le juge, "*surtout si les dossiers s'empilent sur sa table*", soit tenté de forcer le raisonnement, s'il ne trouve pas de motif adéquat à l'espèce, pour le faire contenir dans un motif préexistant.

Le risque est plus grand qu'une atteinte soit portée au raisonnement lui-même dans ce dernier cas (203).

(198) J.-P. Legros dans sa thèse, p. 342, se demande, avec raison, si l'obligation de motiver les jugements ne serait pas, en fait, un principe *implicite*ment reconnu par la République, par conséquent ayant, *presque*, valeur constitutionnelle.

(199) V. "Pour lutter contre l'asphyxie des tribunaux : un plan de sauvetage de l'institution judiciaire", *Journal Le Monde* du mardi 29 mars 1983, p. 11.

(200) Cf. *Le courrier de la Chancellerie*, N° 28-29, 1984, p. 7 et s. "L'allègement de la rédaction des décisions".

(201) Cass. com. 18 juin 1985, *Gaz. Pal.* jeudi 6 févr. 1986, JPce, p. 11 ; Cass. civ. 2°, 10 déc. 1986, *Gaz. Pal.* samedi 3 oct. 1987, JPce, p. 7 ; Cass. civ. 2°, 16 avril 1986, D. 1986, p. 591, note Richevaux, qui se félicite de ces cassations.

(202) V. *Gaz. Pal.* 85, I, pan. 124, note S. Guinchard.

(203) Selon nous, il n'y a pas contradiction entre le fait d'avoir défini le rôle de la motivation comme nous l'avons fait précédemment, et celui de défendre l'expérience de la Cour d'appel de Poitiers : les propositions de la Commission Daussy n'altéraient nullement le raisonnement, mais avaient pour unique espoir de désengorger les juridictions. Rendre une décision parfaitement motivée nécessite du temps et une sérénité d'esprit que n'ont plus les juges aujourd'hui. - Par ailleurs, cette solution allait certes, contre la lettre de l'art. 455 N.C.P.C. mais pas contre son esprit car quiconque voulait vérifier le raisonnement pouvait se référer aux conclusions et au jugement de 1° instance. Solution conjoncturelle, destinée peut-être à ne durer qu'un temps, l'expérience aurait mérité qu'on lui apportât plus d'intérêt.

La Chambre criminelle, quant à elle, s'est prononcée contre la motivation collective en rappelant que chaque jugement doit contenir les motifs propres à le justifier (204).

91 - Ainsi, après de nombreux siècles de conquêtes, le moindre affaiblissement de l'obligation de motiver les jugements apparaît comme une régression (205). Cela d'autant que la motivation poursuit son ascension de manière lente, sans doute, mais irréversible, en matière de décisions administratives.

#### b) Vers une motivation de principe des décisions de l'administration

92 - La loi du 11 juillet 1979, complétée par celle du 17 janvier 1986, a augmenté le nombre des actes de l'administration, mais aussi des organismes de sécurité sociale et de chômage, à motiver (206).

Désormais un principe général est posé de motivation des décisions, défavorables, qui font griefs aux administrés (art. 1 loi 1979), ainsi que de celles, individuelles, qui dérogent aux règles fixées par la loi ou le règlement -qu'elles soient favorables ou défavorables (art. 2 loi 79) (207).

La motivation n'est pas générale et la loi a elle-même prévu une dérogation à l'obligation pour les actes couverts par le secret, justifiés par l'urgence ou implicites.

Il serait abusif de considérer que ces lois ont érigé la motivation en principe : si tel était le cas, elles auraient énoncé les actes qui, par exception, ne seraient pas motivés. Or ce sont justement les actes à motiver qui sont énumérés (208).

Le principe posé par le Conseil d'État, selon lequel en matière d'actes administratifs il n'y a pas de motivation obligatoire sauf texte législatif ou réglementaire, demeure (209).

Ainsi la conquête de la motivation n'est-elle pas achevée ; cependant, inexorablement, l'administration est contrainte de motiver plus souvent ses décisions. Des obstacles sont franchis, certains restent à franchir.

#### *Paragraphe II - Des obstacles opposés à la motivation*

93 - Parfois la motivation est écartée pour des raisons évidentes et justifiées (A), d'autres fois pour des raisons a priori seulement évidentes et justifiées (B).

(204) La motivation collective est une pratique qui consiste à rendre un seul jugement à propos de plusieurs affaires ; v. Crim. 7 mai 1986, Gaz. Pal. 12 sept., p. 11 ; Crim. 19 mars 1986, Bull. Crim. N° 113.

(205) Notre intention n'est ici que de souligner combien l'obligation de motiver les jugements est générale en droit français. Il conviendrait de nuancer la notion de jugement, d'étudier la façon dont la motivation s'est étendue en procédure civile : nous renvoyons pour cela aux deux thèses de G. Giudicelli-Delage et J.-P. Legros, auxquelles nous avons déjà si souvent emprunté.

(206) Loi N° 79-211 du 12/07/1979, J.O. 12-07-79 ; loi N° 86-76 du 17-01-1986, J.O. du 18-01-1986.

(207) V. De Linotte, "La motivation obligatoire de certaines décisions administratives", Rev.dt. pub. 1980, p. 1699 et s. ; J. Singer, "La motivation des actes administratifs", Rev. adm. 1980, p. 70 ; J.-Y. Faberon, "La réforme de la motivation des actes administratifs par la loi du 11 juillet 1979", J.-C.P. 1980, doct. 2980.

(208) V. J.-Y. Faberon, précit. N° 9.

(209) C.d.E. Barel, 28 mai 1954, G.A.J.A., 9ème éd., N° 90.

*A - La protection d'un intérêt supérieur*

94 - L'intérêt de l'État : Le législateur supprime la motivation chaque fois qu'il veut préserver les intérêts, considérés comme supérieurs, de l'État.

Le silence est préférable pour les juridictions militaires (210) ; il est encore préférable lorsque l'on suspend ou retire son habilitation à un officier (211) ; il est toujours de règle lorsque la Nation pratique des adoptions (212).

L'intérêt de l'État justifie qu'on *interdise* la motivation (213) ; celui du commerce international ne va pas aussi loin.

95 - L'intérêt du commerce international - La Cour de cassation a admis, le 14 juin 1960 dans l'affaire Elmassian, que "*le défaut de motifs de la sentence litigieuse n'était pas en lui-même contraire à l'ordre public français*" (214). Elle statuait en cette occasion sur l'*exequatur* à donner à un arbitrage anglais, qui offrait, par conséquent, d'importantes garanties puisqu'en Grande Bretagne, l'arbitre est soumis au contrôle du juge étatique. La solution qu'elle avait donnée était en réalité de portée générale comme elle le confirma, en 1966, à propos d'une sentence américaine (215), affirmant que "*la Cour d'appel n'avait pas à rechercher si cette loi étrangère offrait des garanties équivalentes à celles qui résulteraient en France de la motivation*".

Les textes du N.C.P.C. confirment d'ailleurs cette solution et vont plus loin puisqu'en vertu de l'art. 1495 les parties ont la possibilité, dès lors que leur arbitrage est *international*, d'écarter l'obligation de motivation prescrite par l'al. 2 de l'art. 1471, alors même que la sentence est rendue en France, selon la procédure française (216).

Il n'en va pas de même pour l'*exequatur* des jugements étrangers pour lesquels, en l'absence de motifs, la reconnaissance ne sera admise qu'à la condition que les documents produits à l'instance mettent le juge à même d'apprécier si les décisions ne sont pas contraires à l'ordre public français (217).

La différence de traitement entre les jugements et les sentences internationales s'explique ainsi par la volonté de favoriser les intérêts du commerce international : l'arbitrage international est une technique au service du commerce international, donc guidé par les nécessités de ce dernier et dominé par l'autonomie de la volonté et le souci de souplesse et de rapidité.

96 - Parce que des exigences impérieuses le demandent, et seulement pour cela, la motivation est parfois interdite, d'autres fois ignorée. Quelle est l'exigence qui soutient la dispense de motivation du juge, titulaire d'un pouvoir discrétionnaire ?

(210) Art. 239 al. 1 Code de justice militaire.

(211) La mesure est considérée comme administrative ; on peut difficilement lui nier son caractère de sanction cependant ! Cf. N° 78 de notre étude.

(212) Alors qu'en cas d'adoption normale, le jugement qui admet la demande est, aux termes de l'art. 353 al. 3 C. Civ., motivé.

(213) L'arbitraire qui en résulte est cependant moins celui du juge que celui du législateur qui décide de conférer à ce dernier un pouvoir d'une telle nature.

(214) Civ. 1°, 14 juin 1960, J.C.P. 1961, II, 12273, note H. Motulsky-; ainsi que Ph. Franceskakis, "Des sentences arbitrales non motivées d'après l'arrêt Elmassian de la Chambre civile", R.C.D.I.P. 1960, p. 297.

(215) Qui n'est pas motivée et dont l'arbitre n'est pas comme en Angleterre soumis au contrôle du juge étatique. Cass. civ. 1°, 22 nov. 1966 Gerstlé, R.C.D.I.P. 1967, 372, note Franceskakis ; Clunet 1967, 631, note Goldman.

(216) L'art. 1492 N.C.P.C. dispose en effet "Est international l'arbitrage qui met en cause des intérêts du commerce international".

(217) V. en ce sens Cass. civ. 1ère, 11 juillet 1961, D. 1961, p. 577, note G. Holleaux.

### B - Pouvoir discrétionnaire et dispense de motivation

97 - Souvent, au cours de cette étude, nous avons insisté sur cette *dispense* que la Cour de cassation accorde aux magistrats, titulaires d'un pouvoir discrétionnaire.

La raison, nous l'avons déjà indiquée, en est que la Cour n'a aucun besoin de connaître les motifs qui ont permis aux juges de se convaincre de l'opportunité de leur solution, puisqu'elle ne contrôle pas cette opportunité.

Ainsi la "*motivation-justification*" n'est-elle pas nécessaire. En effet, la loi a délégué au juge le pouvoir d'apprécier à sa place, dès lors aucun compte ne doit, théoriquement, être rendu au gardien de la loi qu'est la Cour suprême.

Cependant pouvoir discrétionnaire et "*motivation-explication*" ne sont nullement contradictoires.

L'essence de ce pouvoir commande même que le magistrat qui en est investi, explique au plaideur comment, en son âme et conscience, il est parvenu à *cette* solution ; cela parce que pouvoir discrétionnaire signifie obligation de diligence et que la diligence commande, à son tour, que l'on prête attention à ceux à qui l'on s'adresse, surtout lorsqu'il s'agit de leur imposer *sa* décision.

Cette motivation n'enlèvera pas sa liberté au magistrat puisqu'elle ne permettra aucunement de s'appuyer sur elle pour remettre en cause le jugement rendu : elle permettra seulement sinon d'adhérer, du moins de mieux comprendre et de mieux accepter ce dernier.

M. Rivero écrivait à propos de l'absence de motivation des actes administratifs : "*Si l'on a pris la peine d'expliquer à l'homme le pourquoi et le comment de ce qui lui est imposé, sa liberté et sa raison entreront en jeu ; elles sont, pour l'action, des auxiliaires plus fécondes que la hargne ou la semi-hébétude née de la contemplation d'un imprimé rédigé dans une langue apparemment étrangère*" (218) ; ce faisant, il affirmait non seulement que la motivation était compatible avec l'exercice du pouvoir discrétionnaire, mais encore qu'elle était indispensable.

C'est pourquoi, parce que l'absence de motivation, sans raisons *impérieuses*, est contraire à l'esprit d'une bonne justice, il est permis d'espérer qu'un jour la Cour suprême contrôlera la présence -et non la valeur- de la motivation donnée par les juges investis d'un pouvoir discrétionnaire ... (219).

C'est encore parce qu'il est obligation de diligence que le pouvoir discrétionnaire supporte *une certaine forme* de contrôle.

## Section II - Du contrôle exercé en cas de pouvoir discrétionnaire

98 - Ce n'est pas parce que, par essence, la libre appréciation du choix d'une décision n'est pas susceptible de contrôle par rapport à une vérité déterminée, qu'elle n'est susceptible d'aucun contrôle : l'exercice du pouvoir discrétionnaire apparaît comme l'exigence d'une certaine diligence du magistrat dans l'appréciation qui

(218) V. J.-Y. Faberon, op. cit., n° 1.

(219) Le pouvoir discrétionnaire ne deviendrait pas pour autant du pouvoir souverain, puisque toujours octroyé par la loi pour apprécier une opportunité ou procéder à une évaluation en équité et non pas seulement procéder à une constatation. La motivation obligerait le juge, même sans contrôle de la valeur des motifs par la Cour suprême, à rendre une décision qui soit logiquement acceptable, proportionnée à l'espèce qu'il tranche. - Quel magistrat oserait présenter aux plaideurs une solution que l'explication ne viendrait pas soutenir ? Ainsi, la motivation serait-elle un moyen efficace de lutter contre l'abus dans l'exercice de l'appréciation discrétionnaire. V. *infra* N° 140.

détermine le choix de sa décision. Aussi est-il possible d'envisager un contrôle qui pourrait servir, non à vérifier si le juge a adopté la solution parfaite qu'il est impossible de reconnaître, mais à annuler les décisions *manifestement* maladroites, inopportunes, ou contraires à l'esprit de la loi.

99 - Une fois encore, l'étude du contrôle opéré par les juridictions administratives sur l'exercice du pouvoir discrétionnaire par l'administration (§ 1) se révèle être un préliminaire indispensable à toute réflexion sur le contrôle éventuel, par la Cour de cassation, de l'exercice du pouvoir discrétionnaire des juges du fond (§ 2).

*Paragraphe I - La question du contrôle du pouvoir discrétionnaire de l'administration*

100 - En matière administrative, les actes imprégnés de pouvoir discrétionnaire ne sont pas exempts de tout contrôle.

Ce dernier, très restreint par rapport à celui qui est exercé lorsque l'administration est mise dans une situation de compétence liée (220), a cependant été sans cesse en s'élargissant.

Il s'est une première fois considérablement étendu lorsque le Conseil d'État a admis le détournement de pouvoir comme cause d'annulation (A) puis récemment, a encore augmenté, avec l'apparition de la notion d'"*erreur manifeste*" (B).

*A - L'état antérieur du contrôle*

101 - Dès l'origine, le Conseil d'État a censuré les actes administratifs se rattachant à des compétences incontestablement discrétionnaires parce qu'il relevait des illégalités dans les éléments de l'acte autre que l'appréciation elle-même, à savoir dans la qualité de l'auteur (incompétence), la forme (vice de forme), l'existence des motifs allégués (erreur de fait ou de droit) et enfin dans le but poursuivi, c'est-à-dire le *détournement de pouvoir* (221).

102 - La théorie du détournement de pouvoir. Il existe une loi générale qui, sans être écrite dans un texte précis, domine l'activité administrative. Cette loi, c'est que l'administrateur ne peut agir même pour des actes dont le contenu rentre dans sa compétence, qu'en vue de certains buts d'intérêt général et qu'il *excède son pouvoir* en agissant en vue d'un but autre que ceux que la loi assigne à son activité ; cette forme particulière d'excès de pouvoir porte le nom de *détournement de pouvoir*.

Agir pour des motifs ou en vue d'un but autre que ceux pour lesquels le pouvoir d'agir a été donné par la loi, constitue par ailleurs *une violation de cette loi*, donc un usage abusif du pouvoir conféré qu'il convient par conséquent de sanctionner.

Rien ne s'oppose à ce que les actes du pouvoir discrétionnaire soient susceptibles d'être annulés pour détournement de pouvoir : en effet, quand l'acte est discrétionnaire il y a certes place pour toute une série d'appréciations diverses mais possibles, qui appartiennent à l'administration, mais aucunement place pour toutes les appréciations -ce qui reviendrait à admettre même celles qui sont impossibles, car contraires à l'intérêt général ; ce que la loi n'a pu vouloir.

(220) V. R. Chapus, "Droit administratif général, précit.", p. 663. pour plus de développements.

(221) V. A. De Laubadère, J.-C. Venezia, Y. Gaudemet, op. cit., p. 519 et s.

Ainsi, la théorie du détournement de pouvoir est une situation de compromis entre deux théories extrêmes toutes deux inacceptables : l'une consistant à dire que, même dans les matières discrétionnaires, le juge peut vérifier toutes les circonstances de l'acte, l'autre consistant à écarter complètement son contrôle (222).

103 - À la réflexion, comme le remarquent MM. De Labaudère, Venezia et Gaudemet (223), ces divers contrôles et limitations constituent seulement des *compensations* du pouvoir discrétionnaire mais non des restrictions apportées à celui-ci puisqu'ils ne concernent pas les éléments de l'acte juridique sur lesquels se localise la notion de pouvoir discrétionnaire, mais des éléments sur lesquels le contrôle du juge peut toujours s'exercer sans contredire l'existence du pouvoir discrétionnaire.

En d'autres termes, ces contrôles sont un moyen non pas de porter atteinte à la liberté de l'administration, libre de son appréciation, mais de s'assurer que le pouvoir sera effectivement exercé par celui que la loi a désigné, avec diligence et conformément au but qu'elle poursuit : *l'exercice même* du pouvoir discrétionnaire échappant toujours au contrôle.

Cette dernière affirmation ne paraît plus aujourd'hui totalement exacte.

#### *B - L'état actuel du contrôle*

104 - En 1953 pour certains, 1961 pour d'autres (224), la théorie jurisprudentielle de l'erreur manifeste est venue enrichir considérablement le contrôle juridictionnel de l'exercice du pouvoir discrétionnaire par l'administration.

La découverte de cette notion par le Conseil d'État d'une part (a), sa fonction d'autre part (b), sont les deux points qu'il faut examiner successivement.

##### a) La découverte d'erreur manifeste

105 - Inquiet en raison de l'infirmité du contrôle traditionnel sur le pouvoir discrétionnaire d'appréciation conféré aux autorités administratives (225), le Conseil d'État cherchait un remède. Il aurait pu, comme il le fit dans certains arrêts (226), donner à la notion de fait matériellement inexact un sens large, débordant sur l'appréciation portée par l'administration. Cependant la compréhension extensive d'un moyen d'annulation était juridiquement contestable. Le procédé, de plus, demeurait empirique et trop lié aux circonstances d'espèces.

Puisqu'il fallait élargir les prérogatives juridictionnelles, le plus judicieux était encore de créer un nouvel instrument : la Haute Assemblée n'a pas à proprement parler "inventé" ce nouvel instrument.

(222) L. Michoud, précit., Rev. gén. d'adm. 1914, p. 201 et s., ainsi que 213 et s. Le même souci sera à l'origine de la naissance de la technique de l'erreur manifeste. V. N° 104 et s. de notre étude.

(223) Op. cit., p. 522.

(224) B. Kornprobst, "L'erreur manifeste" D. 1965, chron. XIX, p. 121, voit l'origine de l'utilisation de l'erreur manifeste dans l'arrêt du C. d'É. Denizet 13 nov. 1953, Rec. p. 489, alors que MM. Galabert et Gentot estiment pour leur part que la notion apparaît pour la première fois sous une forme élémentaire dans un arrêt C. d'É. Sect. Lagrange du 15-2-1961, A.J.D.A. chron. 200. - Il semble effectivement que B. Kornprobst ait imputé *a posteriori* au Conseil d'État une intention qu'il n'avait pas en 1953.

(225) Le contrôle traditionnel (cf. N° 101) empêchait toute censure de la qualification juridique des faits : certains abus ne pouvaient par conséquent pas être sanctionnés, en principe.

(226) V. par ex. C.d'É. 13-6-1951 Desjardins, inédit, cité par J.-Y. Vincent, "L'erreur manifeste d'appréciation", Rev. adm. 1971, p. 411.

L'erreur manifeste, puisque c'est d'elle dont il s'agit, est entrée dans le contentieux sous la double influence d'une jurisprudence, celle conjuguée du Tribunal Fédéral suisse et du Tribunal administratif de l'Organisation Internationale du Travail (O.I.T.) et d'un homme, le président Letourneur.

1°) En effet, le Tribunal Fédéral, lorsque les autorités helvétiques, jouissaient d'une grande liberté d'appréciation, acceptait d'intervenir, sur la base de l'art. 4 largement interprété de la Constitution fédérale (227), si leurs décisions étaient "*évidemment fausses ou arbitraires ou si elles (re)posaient sur une inadvertance manifeste*".

L'écho de cette jurisprudence se répercuta dans celle du Tribunal administratif de l'O.I.T. : les mesures prises par le Directeur général de l'O.I.T. et par les directeurs des onze organisations qui avaient reconnu la compétence du Tribunal, dans une matière où les textes leur laissaient un libre pouvoir d'appréciation, pouvaient être annulées si elles étaient "*entâchées d'erreur de droit (...) ou si des conclusions manifestement erronées avaient été tirées des pièces du dossier*" (228).

2°) Le Président Letourneur, par ailleurs, membre du Tribunal administratif de l'O.I.T. y apprit du juge anglais Lord Devlin que les juridictions britanniques annulaient les actes discrétionnaires de l'administration lorsqu'ils étaient "*déraisonnables*", et du juge suisse M. Grisel, la notion d'"*inadvertance manifeste*". Séduit par ce dernier concept, saisissant le profit que le droit administratif pouvait en retirer, c'est sous son impulsion que le Conseil d'État allait façonner *l'erreur manifeste d'appréciation*.

106 - Saluée par la doctrine comme "*l'entrée, inespérée, de l'évidence dans le droit administratif*" (229), il convenait de délimiter la fonction de cette nouvelle notion.

#### b) Fonction de l'erreur manifeste

107 - Sanction de l'erreur grossière - La jurisprudence de l'erreur manifeste implique nécessairement un contrôle juridictionnel de l'exercice même du pouvoir discrétionnaire puisqu'elle porte *directement* sur le pouvoir discrétionnaire d'apprécier les conditions de l'exercice d'une compétence.

Il ne faudrait pas croire que le pouvoir discrétionnaire de l'administration disparaisse pour autant. Il reste, au contraire entier, aussi longtemps qu'il en fait un usage apparemment *rationalisé*, le juge se bornant à censurer les appréciations qui heurtent le bon sens et la raison, c'est-à-dire le "*flagrant délit administratif*" (230).

Ainsi la notion d'erreur manifeste montre, par la qualification de l'erreur recherchée et éventuellement sanctionnée, la limite du contrôle sur lequel elle

(227) Cet article proscrit tout "*arbitraire par les autorités administratives et les juridictions subordonnées*".

(228) Nous nous sommes inspiré de l'article précité de J.-Y. Vincent, p. 411, qui date de 1971. Nous n'avons pas vérifié si le nombre des organisations ayant reconnu la compétence du Tribunal s'est modifié. Au demeurant, cela importe peu pour notre propos.

(229) B. Kornprobst, précité, p. 123. L'épithète "*manifeste*" selon Littré, se définit ainsi : "*qui est aussi palpable, aussi apparent que si l'on pouvait y porter la main*".

(230) Selon l'expression d'A. Bockel, "*Contribution à l'étude du pouvoir discrétionnaire de l'administration*", A.J.D.A. 1978, doct., p. 365.

débouche : par elle, *seules* les erreurs grossières, qui frappent l'esprit avec la force de l'évidence, sont prises en considération (231).

En contrôlant l'erreur manifeste, le juge se place sur le terrain de l'opportunité. Tel est l'avis de M. Braibant (232) pour qui la Haute Assemblée procède à une vérification du même ordre que celle à laquelle se livrent les tribunaux anglais sur le caractère "raisonnable" d'un acte.

Le Conseil d'État continue de préciser, à l'inverse, que l'opportunité ne saurait être discutée devant lui (233) mais il faut entendre par là qu'il ne lui appartient pas de vérifier l'opportunité d'un acte administratif contre lequel le requérant n'allègue pas une erreur flagrante d'appréciation.

La terminologie utilisée par le juge suprême administratif dans ses arrêts, fait état de la recherche d'une erreur manifeste "d'appréciation" sans autre précision. Ceci laisserait à penser qu'il ne peut exister aucun doute quant à l'appréciation considérée. En réalité, il n'en est rien.

108 - Quelle appréciation pour l'erreur manifeste ? - Tous les auteurs admettent sans difficulté que l'utilisation de la notion s'est peu à peu étendue jusqu'à ce qu'elle soit intégrée au contrôle minimal, susceptible d'être effectué sur *tout* acte administratif.

L'unanimité n'existe plus lorsqu'il s'agit de savoir sur quelle appréciation porte le contrôle : M. Sauvignon, pour sa part, estime qu'il s'agit de contrôler l'appréciation faite des faits (234) ; M. Vincent partage cet avis en soulignant cependant que si l'erreur manifeste ne s'identifie pas à une simple erreur sur la qualification juridique des faits, elle s'en rapproche à mesure que l'évidence est largement entendue (235).

Il semble désormais que, pour la doctrine dominante, l'erreur manifeste comporte "*une appréciation des motifs de fait qui relève du même principe que la qualification juridique de ces faits*" (236). M. Chapus va même plus loin puisqu'il écrit : "*Dans l'état ancien du droit la question était de savoir si la qualification juridique des faits était contrôlée (contrôle normal) ou si elle ne l'était pas (contrôle restreint). Dans le premier cas, toute erreur était censurée. Dans le second cas, toute censure était exclue.*"

*Actuellement, la question est de savoir comment la qualification juridique des faits est contrôlée : elle est en effet toujours contrôlée désormais mais plus ou moins. Ou bien elle l'est pleinement et toute erreur continue à être censurée (contrôle normal). Ou bien elle ne l'est que dans une certaine mesure et seules sont censurées les erreurs manifestes d'appréciation (nouveau contrôle restreint)*" (237).

Ainsi la qualification juridique des faits est-elle une notion exprimant le contrôle générique de l'appréciation juridique des motifs de fait, "*l'erreur manifeste*

(231) On pourrait reprocher à cette notion qu'elle ne fait que déplacer l'appréciation puisqu'il est vrai que le caractère manifeste de l'erreur est matière d'appréciation, mais cela est inévitable ; il se constate d'un point de vue très pratique : est manifeste une erreur qui s'avère si grossière qu'elle ne laisse place à aucun doute.

(232) V. J.-Y. Vincent, précité, p. 412.

(233) C. d'É. 12-6-1968 Guintini, Rec. 1968, p. 353.

(234) E. Sauvignon, "La pluralité des motifs dans l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire devant le juge de l'excès de pouvoir" A.J.D.A., 1971, p. 202.

(235) J.-Y. Vincent, précité, p. 419, 1<sup>o</sup> colonne *in fine*.

(236) H. Moussa, "Aspects de l'erreur manifeste d'appréciation et des pouvoirs discrétionnaire et lié. Prétendu droit de l'administration à l'erreur non manifeste et présomption irréfragable de légalité", *Quotidien juridique*, 16-23 avril 1987, p. 6.

(237) R. Chapus, précité, p. 665-666.

constituant le degré réduit spécifique de ce contrôle" (238). Cette fonction, admise de l'avis général, n'est peut-être pas la seule pour laquelle l'erreur manifeste pourrait être utilisée.

109 - Une nouvelle fonction : le contrôle du respect de l'obligation de diligence (239). M. Henry constate qu'il apparaît que le processus suivi par l'auteur d'une décision peut comporter deux niveaux d'appréciation distincts. Ainsi un médecin appelé au chevet d'un malade est d'abord conduit à constater chez son patient un certain nombre de symptômes. Simple constatation de fait qui n'implique de sa part qu'un minimum d'attention. Mais il est ensuite amené à effectuer deux *appréciations* successives qui vont mettre en cause sa *compétence*. Il devra établir un *diagnostic* puis prescrire une *thérapeutique*.

Ces deux niveaux d'appréciation sont intimement liés l'un à l'autre, car il est évident que la thérapeutique dépendra du diagnostic. Ce dernier sera donc établi *avec soin* en fonction des connaissances médicales du moment et de la personnalité du malade. Mais le deuxième niveau d'appréciation consiste en une opération plus complexe. Outre la prise en considération de la maladie et de sa gravité, la prescription d'une thérapeutique par le médecin est conditionnée par les moyens disponibles et par la finalité de l'action qui est de rendre la santé au malade.

"C'est dire que la thérapeutique (décision de l'administrateur) sera déterminée par son adaptation estimée à la maladie (motif) pour remettre le malade sur pied (finalité)" (240).

Le premier niveau d'appréciation susceptible de contrôle juridictionnel est bien entendu celui qui correspond à la qualification des motifs de la décision. La technique de l'erreur manifeste, comme nous l'avons vu, est utilisée exclusivement pour le contrôle de ce premier niveau d'appréciation (241).

Une évolution s'est néanmoins amorcée vers le développement du contrôle, par l'erreur manifeste, du second niveau d'appréciation - celle déterminant le choix de la décision - lorsque le Conseil d'État accepta d'utiliser cette technique pour effectuer le contrôle de la gravité des sanctions disciplinaires, exigeant non pas une proportionnalité stricte entre faute et sanction en considération du mode de fonctionnement concret du service, mais sanctionnant les iniquités flagrantes résultant d'une disproportion manifeste (242).

Certes la Haute Assemblée utilisa la même terminologie, parlant d'une erreur manifeste d'appréciation, mais il est évident que l'appréciation contrôlée était sensiblement différente de celle qui l'était traditionnellement auparavant : il s'agissait en réalité bien de contrôler l'appréciation déterminant le choix, dans l'échelle des sanctions prévues, de la décision de l'autorité hiérarchique.

Force est alors de constater que la technique de l'erreur manifeste est naturellement adaptée au contrôle du pouvoir discrétionnaire : sans aboutir à une substitution d'appréciation dès lors qu'il en est fait bon usage, de façon diligente, elle permet néanmoins de sanctionner les décisions déraisonnables, mal étudiées, révélant seulement, par cette censure, la distance qui peut exister entre le discrétionnaire et l'arbitraire.

(238) H. Moussa, précité, p. 7.

(239) V. J.-P. Henry, "Une nouvelle fonction pour l'erreur manifeste", A.J.D.A 1979, doct. p. 17 et s.

(240) Id., p. 18.

(241) B. Komprobst, op. cit., l'avait déjà nettement affirmé en 1965.

(242) C. d'É. 9 juin 1978 Sieur Lebon, A.J.D.A. 1978.576 concl. Genevois ; C. d'É. 26 juillet 1978 Sieur Vinolay, id. préc. ; Sieur Cheval, id. préc.

L'exemple de l'acte médical permettra de mieux comprendre : il est très difficile d'affirmer, sans substituer notre appréciation à celle du médecin, que la thérapeutique qu'il a choisie n'est pas bonne. Cela aboutirait à un véritable jugement d'opportunité sans autre référence que notre appréciation. Par contre, si pour un cor au pied il prescrit l'amputation du bras, il y a tout lieu d'estimer que sa thérapie est manifestement inopportune.

Ainsi, sans constituer une panacée, une telle utilisation généralisée de l'erreur manifeste permettrait de réaliser un compromis entre des exigences contradictoires. Tout en évitant au juge d'en arriver à substituer sa décision à celle de l'administration, elle aurait pour conséquence à la fois de permettre de sanctionner les décisions qui pèchent parce que démesurées (243), et de forcer l'administration à un minimum de diligence ou de conscience dans l'exercice de ce pouvoir si large.

110 - L'intérêt que la technique de l'erreur manifeste présente, mérite que l'on tente de l'adapter en droit privé au contrôle, par la Cour de cassation, de l'exercice, par les juges du fond, de leur pouvoir discrétionnaire.

*Paragraphe II - Quel contrôle de l'exercice du pouvoir discrétionnaire par les juges du fond en droit privé ?*

111 - Merlin dénonçait autrefois le fait que : "*La Cour de cassation ne (pouvait) jamais casser un arrêt qui ne (jugeait) que contre la raison, qui (n'offensait) que des principes universellement reçus, il est vrai, mais auxquels le législateur (n'avait) pas imprimé le sceau de sa puissance*" (244).

Fort heureusement aujourd'hui, même si l'intérêt des parties doit certes s'effacer au profit de l'intérêt de la loi devant la Cour de cassation, celle-ci apparaît beaucoup plus soucieuse, si non directement de l'intérêt des plaideurs, du moins d'orienter le droit vers plus de justice, dépassant ainsi le rôle de stricte exécutante dans lequel les Révolutionnaires l'avaient enfermée (245).

Cette évolution, saluée par tous comme un progrès, permet de se demander si l'orientation vers plus de justice ne passe pas aussi par un meilleur contrôle du pouvoir discrétionnaire des juges du fond. Certes, celui-ci est enfermé dans un cadre légal et la Cour suprême veille à ce qu'il ne soit pas exercé en dehors des cas et conditions fixés. Mais cela est-il suffisant ? Est-il donc si impossible, qu'à l'intérieur même du cadre légal, l'utilisation par le magistrat de son pouvoir discrétionnaire n'aboutisse à quelque abus ?

Le Conseil d'État a admis que cela était possible et a limité le pouvoir discrétionnaire de l'administration en contrôlant le détournement de pouvoir et l'erreur manifeste d'appréciation. Or les juges du fond, investis d'un pouvoir discrétionnaire, sont mis dans une situation comparable à celle de l'administration : deux moyens s'offrent alors à la Cour de cassation de mieux contrôler l'exercice dans son cadre légal, de ce pouvoir : le recours pour excès de pouvoir d'une part (a), la technique de l'erreur manifeste, d'autre part (b).

(243) Le péché suprême chez les Grecs n'était-il pas déjà celui de l'ὕβρις, celui de la démesure ?  
 (244) Merlin, Recueil alphabétique des questions de droit, Paris, Garnery libr., 1819, tome 1, V. Cassation.

(245) V. N° 11 de notre étude

### A - Le recours pour excès de pouvoir

112 - Dès l'origine, l'intérêt de la loi fut préservé de manière spécifique par l'institution de deux procédés : le pourvoi dans l'intérêt de la loi d'une part (246) ; le pourvoi pour excès de pouvoir d'autre part.

Ce dernier visait, depuis le décret du 27 novembre 1790, "*tout acte par lequel le juge a excédé ses pouvoirs ou les délits commis par lui dans l'exercice de ses fonctions*" (247).

Après des hésitations sur la définition de l'excès de pouvoir, la Cour de cassation, sur les conclusions de Dupin, a considéré que "*l'excès de pouvoir de l'article 80 est, non l'infraction quelle qu'elle soit aux simples règles de compétence, mais cette infraction particulière qui porte réellement atteinte à l'intérêt général de la société*".

Il est évident qu'à l'époque cette disposition ne visait qu'à maintenir la séparation des pouvoirs ; ce qui explique que furent visés au premier chef les actes, prononçant par voie de disposition générale et réglementaire, pris en violation de l'article 5 du C. Civ.

Mais, à la réflexion, le refus d'accorder un délai de grâce à un débiteur malheureux ne peut-il jamais être abusif (248) ou bien encore, exercer, pour un juge du fond, le pouvoir discrétionnaire dont il est investi en matière d'astreinte par exemple (249), non pas dans l'intention d'assurer l'exécution de son jugement mais, pour quelque autre raison, dont celle de nuire au plaideur, ne mériterait-il pas d'être sanctionné comme étant en excès de pouvoir - à la limite du détournement même - donc une violation de la loi, donc encore, une atteinte à l'intérêt général (250) ?

Ainsi le recours pour excès de pouvoir pourrait-il, peut-être, être admis contre un jugement rendu en application d'un pouvoir discrétionnaire. La même remarque qu'en matière administrative peut néanmoins être faite : ce contrôle ne concerne aucunement les éléments du jugement sur lesquels se localise la notion de pouvoir discrétionnaire, mais seulement des éléments sur lesquels le contrôle du juge suprême peut toujours s'exercer sans porter atteinte à l'exercice même du pouvoir discrétionnaire ; en d'autres termes, il s'agit essentiellement d'un contrôle du respect des limites légales mais plus approfondi.

L'exercice même du pouvoir discrétionnaire par le juge ne pourrait-il pas être lui aussi soumis à un certain contrôle ?

### B - L'erreur manifeste

113 - Force est de constater que la Cour de cassation n'est pas restée insensible à cette "invention" du Conseil d'État puisque la chambre sociale a consacré "*l'erreur manifeste de qualification*" dans le contrôle qu'elle exerce sur l'appréciation que fait le juge du fond sur le caractère réel et sérieux du motif de licenciement (251).

(246) Nous ne nous intéressons pas ici à ce dernier ; v. E. Serverin, précit., p. 250 et s. pour plus de précisions.

(247) E. Serverin, id., p. 252.

(248) V. notre étude n° 160.

(249) V. id., n° 133.

(250) Il pourrait être objecté que ce contrôle existe déjà puisque la Cour censure les cas dans lesquels l'usage du pouvoir discrétionnaire est fait au-delà du cadre légal qui lui est défini : en théorie certes, mais comment, en pratique, ce contrôle est-il possible en l'absence de motivation de la décision ?

(251) Cass. Soc. 10-12 décembre 1985, D. 1986 précité, p. 120 note Boré ; ainsi que la table ronde organisée par le Parquet général de la Cour de cassation, Rev. dt. soc. précitée, 1986, p. 175 et s.

Il convient maintenant de remarquer que les trois arrêts qui avaient consacré cette "erreur manifeste de qualification" sont demeurés, à notre connaissance, isolés (252) et que la Chambre sociale en agissant ainsi avait pour seul souci d'alléger son contrôle pour remédier à son encombrement. Il serait faux de penser qu'il était dans son intention de reconnaître aux juges du fond un pouvoir discrétionnaire dont elle aurait contrôlé l'exercice par la technique de l'erreur manifeste de qualification - à l'instar du Conseil d'État.

Au demeurant l'introduction de cette notion en droit privé fut très vivement critiquée par la doctrine. M. Boré considère en effet, que "*la transposition de cette notion de fait dans le domaine de la légalité apparaît particulièrement baroque. Car l'erreur de droit existe ou n'existe pas : elle n'est pas susceptible de degré (...) et la notion d'erreur manifeste ne peut pas non plus être utilisée par la Cour de cassation dans le domaine du fait comme elle l'est par le Conseil d'État parce que (...) la Cour suprême judiciaire ne peut connaître du fond des affaires*" (253).

M. Lyon-Caen n'est pas aussi catégorique et considère qu'il pourrait être "*extrêmement profitable de recourir à la notion d'erreur manifeste de qualification*" (254). Prudent, il demande à ce que la décision de recourir à cette notion fasse l'objet d'un débat préalable, mais ne l'écarte pas d'emblée comme M. Boré.

Ce qu'il convient d'observer c'est bien évidemment que l'erreur manifeste d'appréciation ne peut être transposée *telle quelle* du droit public au droit privé, parce que la Cour de cassation ne procède pas, comme M. Boré le rappelle, au contrôle de l'appréciation faite des faits par les juges du fond.

Néanmoins, ce n'est pas pour autant que cette technique serait inutilisable par la Cour suprême : en effet, M. Henry a montré son adaptation parfaite au contrôle du pouvoir discrétionnaire, particulièrement au contrôle de l'erreur manifeste de l'appréciation déterminant le choix de la décision (255).

Le juge du fond qui use de son pouvoir discrétionnaire doit être soumis à la même obligation de diligence que l'administration placée dans la même situation ; aussi, si à l'évidence le choix qu'il fait heurte la raison, s'il est tel qu'aucune autorité raisonnable n'aurait pu décider ainsi, il doit être censuré.

Ce contrôle de l'erreur manifeste de l'appréciation déterminant le choix de la décision est d'ailleurs exercé par la Cour de cassation belge tant dans le domaine du droit public que du droit privé (256). Cette dernière emploie le terme de *contrôle marginal* qu'elle définit comme se trouvant "*à mi-chemin entre l'absence complète d'une appréciation d'une part, et l'appréciation laissée entièrement au pouvoir du juge de ce qui est correct ou incorrect d'autre part*" (257).

Il semble donc bien que nous soyons dans le même cas dans les deux hypothèses, puisqu'à chaque fois il s'agit non pas de sanctionner un choix discrétionnaire qui se situe en deçà des limites dans lesquelles des décisions raisonnables différentes auraient pu être prises -le juge suprême doit s'abstenir alors d'imposer à la

(252) La Chambre Sociale rendit un arrêt le 16 déc. 1986, puis une série d'arrêts en 1987 où elle ne se servit plus de la notion d'erreur manifeste de qualification préférant rejeter le pourvoi en ces termes : "par une décision motivée, (le juge du fond) n'a fait qu'user des pouvoirs qu'il tient de l'art. L 122.14.3 du Code du Travail..." ; v. G. Picca, "Vers un contrôle allégé de la Cour de cassation ?", Rev. dt. soc. 1987, p. 89, ainsi que J. Savetier, "L'appréciation du caractère réel et sérieux des motifs de licenciement doit-elle être contrôlée par la cour de cassation ?", id., p. 357.

(253) Note Boré sous Cass. Soc. 10-12 déc. 1985, précit.

(254) Table ronde précitée, p. 197.

(255) J.-P. Henry, "Une nouvelle fonction pour l'erreur manifeste", précité.

(256) J. Ronse, "Le contrôle marginal des décisions discrétionnaires en droit privé" in La motivation des décisions de justice, Bruxelles, Bruylant, 1978, p. 403 et s.

(257) Id., p. 404.

place de l'appréciation du juge du fond ou de l'administration sa propre appréciation (258)- mais au contraire manifestement au-delà des limites du raisonnable.

Cela parce que l'appréciation discrétionnaire présente une utilité incontestable. Ce ne sont que les *déformations* ou les *abus* pouvant en résulter qui doivent être réprimés. Devoir de contrôle de la part du juge suprême par conséquent, et rien de plus ; mais contrôle qui trouve une *forme technique appropriée*, à la fois suffisamment *souple* pour faire face à toutes les exigences, et suffisamment *limité* pour éviter tous les dangers.

Il s'avère que l'erreur manifeste répond par nature à ces exigences (259) puisqu'elle permet à la liberté d'appréciation de subsister sous condition d'en user raisonnablement.

N'est-ce pas là l'exigence du droit que, selon les termes d'Horace, de rechercher "*en tout le juste milieu et les limites au-delà desquelles le bien ne peut se situer*" ?

114 - La première étape de la réflexion s'achève, la notion, unitaire, de pouvoir discrétionnaire est cernée.

Il est temps maintenant de pénétrer dans ce que l'on pourrait appeler, un peu audacieusement peut-être, les "Provinces" du pouvoir discrétionnaire des juges du fond en droit privé.

(Titre II) (\*)

---

(258) Ce qui reviendrait à substituer inutilement à un pouvoir discrétionnaire, un second pouvoir discrétionnaire. Il convient de préciser que ce n'est pas à proprement parler la Cour suprême elle-même qui effectuerait l'appréciation en cas de cassation, mais plus exactement la Cour de renvoi.

(259) On pourrait soulever l'objection que la Cour de cassation est tellement encombrée qu'il est maladroit de demander qu'elle augmente encore son contrôle : cependant, contrôler le bon usage du pouvoir discrétionnaire revient à vérifier que la loi a bien été appliquée (ce que l'article 604 N.C.P.C. donne comme mission à la Cour de cassation) ; par ailleurs, il ne s'agirait que d'un contrôle très restreint, limité à l'erreur flagrante, qui ne devrait donc pas être bien difficile ni tellement long à faire - *a priori* du moins.

(\*) Désormais, lorsque nous parlerons de pouvoir discrétionnaire sans plus de précisions, nous entendrons parler du pouvoir tel que nous l'avons défini. Si, par contre, nous voulons parler du pouvoir, exclusif de toute motivation et tout contrôle, nous ajouterons - "au sens entendu par la Cour de cassation".

Le titre II paraîtra dans le Numéro 1992-3 de la Revue de la Recherche Juridique (parution Octobre 1992).



# L'EXERCICE PAR UN CONTRIBUABLE COMMUNAL DES ACTIONS APPARTENANT À LA COMMUNE

(À PROPOS DU DÉCRET N° 92-190 DU 26 FÉVRIER 1992)

Par

Jean-Pierre FERRAND

*Attaché temporaire d'enseignement et de Recherche à l'Université d'Aix-Marseille III*

En supprimant l'article L 316-7 du code des communes, le décret n° 92-190 du 26 février 1992 a modifié considérablement une procédure «des plus curieuses» (1), «de nature à intriguer voire à surprendre même les juristes de formation» (2) mais aussi des plus anciennes. En effet cette procédure qui permet à un contribuable de se substituer, à ses frais et risques, à la commune afin d'engager les actions qu'il croit appartenir à cette dernière trouve sa source dans les articles 49 et 50 de la loi du 18 juillet 1837 qui n'ont été, jusqu'à ce décret, modifiés que de manière limitée par la loi du 5 avril 1884 ou par la loi du 8 janvier 1905. Mais le choix du moment pour opérer la modification de la procédure d'obtention d'une autorisation de plaider ne doit rien au hasard. Cette réforme, opérée par le décret du 26 février 1992, fait suite au tumulte médiatique qui a suivi l'avis du Conseil d'État et le décret du Premier ministre, intervenus sur la demande d'autorisation de plaider formée par M. Monnier-Desombes dans l'affaire *Urba-Gracco* (3). L'avis rendu par la section de l'intérieur du Conseil d'État, sur demande de M. Pezet, avait alors pu apparaître, selon certains commentateurs, comme inspirée par des considérations non exclusivement juridiques (4). De ce fait, il ne faut pas être surpris que la réforme conduise à une plus forte juridictionnalisation de la procédure d'obtention de l'autorisation en confiant désormais à la section du contentieux du Conseil d'État les appels concernant ces demandes.

L'analyse de cette procédure particulière permet d'indiquer que l'action du contribuable communal désirant se substituer à la commune se présente comme un recours particulièrement singulier (I) et strictement encadré (II).

---

(1) J. Singer, *Substitution d'un contribuable à la commune devant la justice*, *Revue administrative*, 1973, p. 421 ou B. Luisin, *Note sous TA Nancy*, 7 février 1985, *Santi et autres*, *AJDA*, 1985, p. 493.

(2) O. Schrameck, *Le régime des autorisations de plaider. Une procédure juridique en question*, *Commentaire*, n° 57, 1992, p. 158.

(3) Voir sur cette question le dossier publié par la revue *Commentaire* dans son numéro 57 de 1992.

(4) M. Massenet (*Commentaire*, n° 57, 1992, p. 158) indique clairement qu'«il a pu apparaître alors que le Conseil d'État :

— interférait avec le cours de la justice

— confondait ses fonctions de juge avec ses fonctions de conseiller juridique du gouvernement

— méconnaissait les exigences d'une opinion publique irritée par le gaspillage des fonds publics.»

## I. UN RECOURS PARTICULIÈREMENT SINGULIER

La spécificité de recours apparaît aussi bien dans son objet que dans sa nature.

### A) Objet de la procédure de substitution du contribuable communal à la commune

Le droit pour les contribuables communaux d'engager à la place de la commune les actions qui appartiennent à celles-ci constituent, ainsi que le précise R. Chapus «une manifestation remarquable des liens naturels de solidarité qui sont à l'origine même des communes» (5). Ainsi que les recherches des historiens du droit l'ont montré (6), l'origine d'un tel recours peut ainsi être trouvée dans un fragment du Digeste qui indique que le proconsul peut donner l'autorisation à un étranger à défendre l'*universitas* (7). C'est ainsi que le Parlement d'Aix autorisa le 9 décembre 1786 des habitants d'une communauté à exercer à leurs risques et périls les droits et actions de celle-ci (8). On ne peut donc que souligner le caractère particulier de cette possibilité d'action qui constitue «un exemple suffisamment remarquable de collaboration à titre individuel des particuliers avec l'administration» (9).

Mais, outre cet aspect non négligeable, l'intérêt de cette procédure de substitution du contribuable communal est de permettre de lever l'hypothèque politique qui pèse sur l'ouverture des actions en justice de la commune. C'est au maire qu'il appartient d'ester en justice au nom de la commune et «les principes du droit administratif local tendent à considérer que la défense des intérêts d'une commune appartient en tout premier lieu à son autorité exécutive, le maire et par substitution aux autorités qui sont chargées du contrôle» (10). Mais il apparaît évident que l'autorité exécutive peut ne pas trouver d'intérêt à engager une action.

Certes, depuis l'arrêt Casanova (11), les contribuables communaux (12) sont reconnus comme ayant qualité pour agir, en tant que tels, contre les mesures ayant des répercussions sur les finances de la collectivité considérée «par le seul motif qu'en cette qualité, ils en supportent les conséquences pécuniaires» (13). Mais cette extension de la recevabilité ne vise que les recours en annulation contre les mesures ayant une incidence financière sur le budget de la collectivité (14) et exclusivement si ce recours a pour objet une réduction des dépenses de la collectivité (15). De ce fait l'ouverture aux contribuables communaux du recours pour excès de pouvoir

(5) R. Chapus, *Droit du contentieux administratif*, 2e éd., 1990, n° 425, p. 275.

(6) J. L. Mestre, *Un droit administratif à la fin de l'Ancien Régime : le contentieux des communautés de Provence*, LGDJ, Paris, 1976, p. 33.

(7) D. 3.4.1.3. : *Et si extraneus defendere velut universitatem permittit Proconsul, sicut in privatorum defensionibus observatur, quia eo modo melior condicio universitatis fit.*

(8) J. L. Mestre, *Un droit administratif à la fin de l'Ancien Régime : le contentieux des communautés de Provence*, LGDJ, Paris, 1976, p. 33.

(9) R. Ludwig, *Considérations sur le rôle non juridictionnel des tribunaux administratifs*, AJDA, 1966, p. 600.

(10) S. C. Bouzely, *Le régime des autorisations de plaider*, Le Quotidien juridique, 24 octobre 1989, n° 116, p. 6.

(11) CE, 29 mars 1901, Casanova, Rec., p. 333.

(12) Cette jurisprudence a été étendue aux contribuables départementaux (CE, Richemond, 27 janvier 1911, Rec., p. 111), au contribuable participant au financement d'un établissement public (CE, 18 juin 1920, Dupuy, Rec., p. 590) et au contribuable colonial (CE, Sect., 24 juin 1932, Galandou Diouf et Martin, Rec., p. 626), mais ne s'applique pas au contribuable national (CE, 25 juin 1920, Le Doussal et Métour, Rec., p. 639).

(13) R. Odent, *Contentieux administratif*, Les Cours de droit, 1981, p. 1626.

(14) CE, 8 mars 1933, Bourguignon, Rec., p. 277.

(15) CE, Sect., 23 février 1934, Comet, Rec., p. 51.

contre certaines décisions financières de la commune n'a rien de comparable avec la procédure prévue à l'article L. 316-5 du code des communes (16).

Vivien, dans son rapport à la Chambre des députés sur la loi du 18 juillet 1837 qui, par ses articles 49 et 50, institua ce droit au profit des contribuables communaux, outre les inconvénients inéluctables qu'une telle possibilité pourrait faire naître (17), a souligné que l'institution de cette procédure pouvait se justifier par la nécessité de se garantir contre les abus. C'est pourquoi, lors de la discussion de la loi de 1884 (18), à J. Roche qui combattait cette procédure, il fut répondu qu'il importait de ne pas laisser périliter des droits que les administrateurs négligents ou coupables laisseraient usurper. Ou bien, lorsqu'à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle le député Bienvenu Martin proposa la suppression de ce droit de substitution, la commission chargée d'étudier cette proposition s'y opposa aux motifs que «ce droit peut être considéré comme une utile garantie contre les défaillances des conseils municipaux qui, par négligence, timidité ou complicité, laisseraient sans défense les intérêts communaux» (19).

La substitution des contribuables communaux a également une utilité qu'il convient de noter pour les élus minoritaires. La situation actuelle au sein des assemblées locales, née de la volonté des instigateurs de la décentralisation d'asseoir les pouvoirs des exécutifs locaux, peut faire apparaître parfois un profond déséquilibre au détriment des élus minoritaires (20). C'est pourquoi, «l'autorisation de plaider au nom de la commune apparaît comme la seule arme efficace dont disposent les conseillers minoritaires» (21).

Cette procédure répond donc parfaitement à un besoin que ne peuvent en rien satisfaire les autres recours à la disposition des contribuables locaux aussi bien en raison de son champ d'application que de ses conditions d'ouverture. L'action du contribuable substitué à la commune dénote ainsi une originalité que l'on va retrouver en analysant sa nature.

## B) Nature mixte de ce recours

Alors qu'en vertu notamment de l'article L. 316-7, il était traditionnellement admis que le recours du contribuable communal afin d'être autorisé à se substituer à la commune avait un caractère administratif, l'intervention du décret du 26 février 1992 a modifié partiellement cette appréciation ce qui conduit à envisager désormais la mixité de la nature de ce recours.

### *a) Un recours traditionnellement de caractère administratif*

L'une des caractéristiques principales de ce recours était, jusqu'à la réforme opérée par le décret du 26 février 1992, son caractère exclusivement administratif. Il s'agissait d'une des dernières hypothèses de justice retenue. En effet, l'article L. 316-7 du code des communes prévoyait en effet que «le pourvoi devant le

(16) Celle-ci donne en effet directement intérêt et qualité pour agir au contribuable bénéficiant de l'autorisation.

(17) Il pensait fort justement que ce droit servirait à favoriser des tracasseries personnelles et des inimitiés privées.

(18) Séance de la Chambre des députés du 26 février 1883.

(19) Cf. L. Morgand, *La loi municipale*, Librairie Administrative Berger-Levrault, 10<sup>e</sup> éd., 1923, n° 1376, p. 190.

(20) Voir sur ce point, S. C. Bouzely, *Le régime des autorisations de plaider*, *Le Quotidien juridique*, 24 octobre 1989, n° 116, p. 7 et B. Luisin, *Note sous TA Nancy*, 7 février 1985, *Santi et autres*, AJDA, 1985, p. 494.

(21) B. Luisin, *Note sous TA Nancy*, 7 février 1985, *Santi et autres*, AJDA, 1985, p. 494.

Conseil d'État est introduit et jugé selon la forme administrative» (22). Dans un avis du 11 mai 1982, la section de l'intérieur du Conseil d'État a eu l'occasion de confirmer cette analyse des dispositions de l'ancien article L 316-7. Si cet article ne visait exclusivement que les appels concernant les décisions des tribunaux administratifs, il ne fait pas de doutes que, comme le Conseil d'État, les tribunaux administratifs statuent en première instance dans les formes administratives (23).

Le caractère exclusivement administratif de ce recours apparaissait dans la nature des décisions prises par les tribunaux administratifs et le Conseil d'État. En première instance, le Tribunal administratif accorde ou refuse l'autorisation de plaider par un arrêté et ces décisions «sont absolument étrangères à son pouvoir de juridiction» (24), et c'est pourquoi, il «ne statue pas au contentieux» (25). En appel, la Section de l'intérieur du Conseil d'État rend un avis qui sert de fondement à un décret du Premier ministre. Ainsi, au stade de la première instance, comme en appel, ce recours ne fait appel qu'à des décisions non juridictionnelles (26). La procédure ne devient exclusivement juridictionnelle que lorsqu'est attaqué le décret du Premier ministre devant la Section du contentieux du Conseil d'État.

Le caractère non juridictionnel des décisions rendues en ce domaine apparaissait également dans le refus puis l'exigence de leur motivation qui marque l'applicabilité de la procédure administrative non contentieuse au détriment de la procédure contentieuse. Avant la mise en application de la loi du 11 juillet 1979, le Conseil d'État a précisé qu'aucune disposition ne prescrivait de motiver «les décrets rendus à la suite des recours formés devant le Conseil d'État par des contribuables auxquels a été refusée l'autorisation d'exercer, au nom de la commune, les actions qu'il croit appartenir à celle-ci» (27). En revanche, en vertu de l'article R 316-7 du code des communes (28), les tribunaux administratifs sont, depuis la création de ce recours, tenus de motiver leurs décisions (29).

La loi du 11 juillet 1979 n'a pas modifié sensiblement cette situation. En effet, le décret du Premier ministre ne peut être intégré dans l'une des six catégories de décisions individuelles défavorables que cette loi prescrit de motiver. En revanche,

(22) Cette disposition fait d'ailleurs obstacle à l'engagement d'un recours contentieux contre la décision du Tribunal administratif. Le Conseil d'État a eu très tôt, en ce domaine, une jurisprudence dénuée d'ambiguïtés (CE, 1877, Commune de La Bourboule, Rec., p. 544 ; CE, 1884, Commune de La Bourboule, Rec., p. 588 ; CE, 1884, Commission syndicale du Mazel et de la Prade, Rec., p. 588 ; CE, 16 décembre 1925, Binet, Rec., p. 121 ; CE, 13 novembre 1931, Sieur Laurent et Ville de Castelnau-dary, Rec., p. 987 ; CE, 6 août 1941, Arlès, Rec., p. 156 ; CE, 19 février 1954, Sieur Nicolas, Rec., p. 113 ; CE, 12 octobre 1956, Lerou, RDP, 1957, p. 151 ; CE, 10 février 1967, Goyon, Rec., p. 70 ; CE 1er juin 1984, Melle Roatino, RDP, 1985, p. 853).

(23) Voir en ce sens Ch. Gabolde, Procédure des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel, 4e éd., Dalloz, 1988, n° 229.

(24) R. Ludwig, Considérations sur le rôle non juridictionnel des tribunaux administratifs, AJDA, 1966, p. 599.

(25) Note C. G. sous Conseil de préfecture de Caen, 26 juillet 1951, Dalloz, 1951, p. 726.

(26) A contrario, voir S. C. Bouzely (Le régime des autorisations de plaider, Le Quotidien juridique, 24 octobre 1989, n° 116, p. 8) qui semble considérer que les décisions des tribunaux administratifs ont, en première instance, le caractère de décisions juridictionnelles.

(27) CE, 10 juillet 1974, Sieur Jeanson, Rec., p. 408. Cf. également la décision de principe : CE, 7 octobre 1955, Sieurs Eulé et Sarotte, Rec., p. 467.

(28) Issu de l'article 123, §3, *in fine*, de la loi du 8 janvier 1905 qui elle-même reprend les dispositions de l'article 126 de la loi du 5 avril 1884 et de l'article 50 de la loi du 18 juillet 1837.

(29) Ainsi que l'indique L. Morgand (La loi municipale, Librairie Administrative Berger-Levrault, 10e éd., 1923, n° 1390, p. 196) cette motivation devant les conseils de préfecture n'a pas été à l'origine admise sans difficulté car il a été observé que «les conseils de préfecture, qui doivent apprécier les chances du procès, peuvent, en motivant leur décision, être amenés à préjuger le fond de la contestation». Cet auteur précise également que devant le Conseil d'État, la question de la motivation a été de même librement discutée. De 1837 à 1883, les projets d'ordonnances relatifs aux autorisations de plaider étaient motivés. Mais, à partir de 1883, la Section de l'Intérieur décida de ne plus motiver les décrets portant annulation des arrêtés des conseils de préfecture ayant refusé une autorisation de plaider. Il faut toutefois souligner que ce débat concernait essentiellement les autorisations de plaider qui, avant la loi du 8 janvier 1905, étaient également nécessaires aux communes avant d'ester en justice.

sans que la jurisprudence se soit prononcée clairement sur cette question, on peut penser que les décrets qui refusent une autorisation de plaider constituent, au sens de l'article 26 de la loi du 17 janvier 1986, des décisions qui refusent une autorisation et doivent donc être motivés.

Mais le caractère administratif de ce recours ne doit pas le faire confondre avec les recours que l'on qualifie traditionnellement d'administratifs. La demande d'autorisation de plaider ne constitue en rien un recours administratif traditionnel comme peuvent l'être les recours gracieux ou hiérarchique. La demande d'autorisation de plaider n'a pas, à l'opposé de ces différents recours, pour objectif d'obtenir un règlement amiable. Elle ne peut être non plus assimilée aux recours administratifs obligatoires même si l'absence de recours préalable rend le recours juridictionnel irrecevable.

La distinction qu'il convient d'opérer entre les recours administratifs et la demande d'autorisation de plaider est également justifiée par la non-application de la règle générale de procédure instituée par les jurisprudences Vinciguerra, de 1945, et Centre médico-pédagogique de Beaulieu, de 1964, selon lesquelles le délai du recours juridictionnel est interrompu et conservé en cas de recours administratif (30). Cette inapplication peut éventuellement limiter considérablement l'utilité de ce recours. Ainsi, sans même évoquer l'impossibilité presque totale d'engager un recours pour excès de pouvoir par le biais de cette procédure (31), on peut signaler que les contribuables ne peuvent exercer, par cette procédure, un recours contre un jugement rendu par défaut à l'encontre d'une commune par un Tribunal civil et pour lequel la commune n'a formé ni opposition ni appel (32). Cette jurisprudence qui s'explique fort logiquement par le fait que le contribuable autorisé à plaider ne peut exercer plus de droits que la commune est particulièrement contraignante. La seule manière de la contourner est d'imaginer que le contribuable peut, de la même manière que le maire pouvait le faire avant 1905, mettre en œuvre des actes conservatoires ou interruptifs de déchéance sans autorisation (33).

#### *b) Le décret du 26 février 1992 : une juridictionnalisation partielle du recours*

Le décret n°92-180 du 26 février 1992, en prévoyant que le pourvoi en appel devant le Conseil d'État ne serait désormais plus jugé selon la forme administrative, a considérablement modifié la procédure mais aussi l'esprit de cette demande d'autorisation de plaider (34). C'est pourquoi il est nécessaire, après en avoir analysé les causes, de s'interroger sur la portée de cette réforme

(30) CE, Sect., 23 mars 1945, Vinciguerra, Rec., p. 56 ; CE, Sect., 10 juillet 1964, Centre médico-pédagogique de Beaulieu, Rec., p. 399.

(31) Le Tribunal administratif a en effet, en vertu de l'article R 316-7 du code des communes, un délai de deux mois pour statuer sur les demandes d'autorisation de plaider formulées par les contribuables communaux.

(32) CE, 20 février 1959, Société La Mutation du Centre Rec., p. 135.

(33) Le Conseil d'État semble d'ailleurs avoir confirmé cette possibilité en décidant qu'un contribuable pouvait former, avant l'autorisation, un pourvoi qui conserve ses droits à condition que l'autorisation soit ultérieurement obtenue (1er septembre 1860).

(34) Il ne faut pas être surpris par le fait que l'article premier de ce décret dispose que «L'article L. 316-7 du code des communes est abrogé» sans que soit visée de décision de délégalisation de cette disposition législative par le Conseil constitutionnel. En effet, en vertu de l'article 37 alinéa 2 de la Constitution, les textes de forme législative antérieurs à l'entrée en vigueur de la Constitution de 1958 qui sont intervenus dans une matière désormais réglementaire peuvent être modifiés par décrets pris après avis du Conseil d'État. Seuls ceux postérieurs à cette entrée en vigueur exigent, pour être modifiés par décrets, une délégalisation par le Conseil constitutionnel.

### — Les causes de cette réforme

En l'absence de déclaration gouvernementale sur cette question et sans qu'il soit possible d'en déterminer la totalité des tenants et des aboutissants, on peut penser que l'inflation qui a touché ces derniers mois le nombre de ces demandes d'autorisation de plaider, constitue l'explication principale de cette modification. Cette inflation est difficile à quantifier dans la mesure où la publicité des décisions d'autorisation de plaider n'a pas été organisée de façon stricte. Ainsi les décrets du Premier ministre pris après avis du Conseil d'État n'étaient pas publiés. De ce fait seule la lecture de la presse, notamment méridionale, permettait, en cette dernière période électorale de se rendre compte du développement des demandes d'autorisation de plaider. Mais, si l'on en croit la compatilisation, à laquelle fait référence O. Schrameck (35), la section de l'intérieur s'est prononcée à dix-huit reprises, entre octobre 1989 et octobre 1991, sur des appels concernant les autorisations de plaider de l'article L. 316-5 du code des communes.

En elle-même cette augmentation sensible des demandes, et corrélativement des appels, ne constituait sans doute pas un surcroît d'activité insurmontable pour les services du Premier ministre. En revanche, la procédure prévue à l'article L. 316-7, en période électorale, présentait des inconvénients politiques. En effet, même s'il faut ici limiter les effets réels du passage de la justice retenue à la justice déléguée (36), il ne fait pas de doute que la nature de plus en plus politique de cette procédure conduisait à assimiler la décision prise par ce décret du Premier ministre à une décision de nature politique quand elle annulait une autorisation donnée par un Tribunal administratif d'engager une action contre un homme politique de la majorité.

La juridictionnalisation de la procédure d'appel devant le Conseil d'État répond donc au souci de «dépolitiser» une procédure qui tendait à se développer. De plus, ainsi qu'il a pu l'être indiqué, les décisions en matière d'autorisations de plaider étaient «de nature à introduire des difficultés dans les rapports entre l'État et une commune dès lors qu'une forme assez solennelle est adoptée et que le décret intervienne pour donner autorisation de plaider à un contribuable, dans un contentieux dans lequel la commune a délibérément refusé de s'engager» (37), surtout lorsque il s'agit d'affaires financières ou de délits d'ingérence mettant en cause des personnalités politiques. Pour toutes ces raisons, une réforme semblait inévitable. Mais, quoique importante, cette mesure n'a pas pour effet de modifier considérablement les principes de ce recours particulier.

### — La portée de cette réforme

Les effets d'une telle réforme ne doivent pas être exagérés. La demande du contribuable communal afin de se substituer à la commune conserve une grande part de sa spécificité. La première instance demeure purement administrative mais le transfert à la section du contentieux de l'appel contre les arrêtés des tribunaux administratifs conduit à ne plus envisager le caractère administratif de ce recours mais désormais son caractère mixte, mi-administratif et mi-juridictionnel.

(35) O. Schrameck, *Le régime des autorisations de plaider. Une procédure juridique en question*, Commentaire, n° 57, 1992, p. 160.

(36) R. Chapus précise ainsi, en commentant la période qui a précédé la loi du 24 mai 1872, que «le système de la justice retenue, tel qu'il a été pratiqué, peut-être considéré comme ayant toujours eu un caractère théorique ou celui d'une fiction, le chef de l'État entérinant les projets soumis à sa signature» (*Droit du contentieux administratif*, 2e éd., 1990, n° 44, p. 42).

(37) S. C. Bouzely, *Le régime des autorisations de plaider*, *Le Quotidien juridique*, 24 octobre 1989, n° 116, p. 8.

Le maintien du caractère administratif de la procédure au niveau de la première instance conserve certes à ce recours un certain charme désuet en permettant l'assimilation du Tribunal administratif à une autorité de tutelle. Mais les réformes de décentralisation auraient pu justifier une modification plus profonde de cette procédure dont l'intérêt n'est pas contestable. Cette réforme aurait pu être l'occasion d'un desserrement de l'encadrement qui entoure la mise en œuvre de ce recours. Or, il n'en a rien été et le recours à cette faculté de substitution continue d'être strictement encadré.

## II. UN RECOURS STRICTEMENT ENCADRÉ

Ce strict encadrement, qui figurait déjà, à l'origine, dans le texte de 1837, s'exprime aussi dans la multiplicité des conditions requises pour l'obtention de cette autorisation que dans la précision de la procédure.

### A) Conditions d'obtention de l'autorisation

Le contribuable communal demandeur est obligé de satisfaire aussi bien des conditions de forme d'origine législative ou réglementaire que des conditions de fond que le juge a entendu imposer également.

#### 1) Les conditions de forme

##### — La demande ne peut être présentée que par un contribuable communal

En vertu de l'article L. 316-5 du code des communes, seul un contribuable communal peut, après autorisation, se substituer à la commune. Jules Roche avait demandé lors de la discussion de la loi du 5 avril 1884 (38) que cette faculté soit réservée aux électeurs de la commune. Mais il lui fut répondu que «cette modification écarterait les femmes, les veuves et souvent aussi les propriétaires non domiciliés» (39). De ce fait ce droit d'agir appartient à tous les contribuables inscrits au rôle de la commune (40) et ceci, même si ce contribuable est un conseiller municipal (41). De plus, ainsi que pour l'ensemble des cas dans lesquelles la loi donne à une qualité la faculté d'agir, les contribuables communaux ne sont pas tenus de justifier un intérêt direct et personnel à l'action (42).

##### — L'action engagée doit être exclusivement communale

Le contribuable communal ne peut engager que des actions exclusivement communales et encore pas toutes les actions de la commune. Le contribuable communal ne peut ainsi demander une autorisation de substitution que s'il existe un litige (43) et si la commune dispose d'un intérêt pour agir (44). Le Tribunal

(38) Séance de la Chambre des députés du 26 février 1883.

(39) L. Morgand, *La loi municipale*, Librairie Administrative Berger-Levrault, 10<sup>e</sup> éd., 1923, n° 1375, p. 190.

(40) Le Conseil d'État exige de manière stricte le respect de cette condition. Voir, CE, 10 avril 1900, *Sieurs Dupuy*, Rec., p. 882 ; CE, 15 avril 1910, *Guérin*, Rec., p. 1062. Il exclut même le recours d'un syndicat de contribuables (CE, 10 août 1905, *syndicat des propriétaires senonais*, Rec., p. 1027).

(41) CE, 17 juillet 1896, *Chesnay*, Rec., p. 575.

(42) CE, 24 juin 1896, *Trespoux* ; CE, 9 avril 1896, *Cantayré*, Rec., p. 907.

(43) CE, 21 novembre 1890, *compagnie Générale des eaux*, Rec., p. 849 ; CE, 7 août 1896, *Surrugue*, Rec., p. 641.

administratif va ainsi, au regard du mémoire détaillé qui lui est présenté par le requérant (45), vérifier si ces conditions sont bien remplies et notamment si l'action envisagée n'est pas dirigée vers une juridiction incompétente (46).

Mais surtout les juges vérifient que le contribuable désire effectivement engager une action appartenant à la commune et qu'il ne s'agit pas en réalité d'une action personnelle du contribuable. En effet, dans cette hypothèse, le contribuable dispose d'un droit *ut singuli* dont l'existence ne rend plus nécessaire l'autorisation d'agir en lieu et place de la commune. De ce fait si l'action envisagée n'a pas d'autre objet que de faire reconnaître un droit appartenant exclusivement et à titre particulier au contribuable, celui-ci agit non comme contribuable mais dans son intérêt propre et n'a, de ce fait, pas besoin d'être autorisé à agir au nom de la commune (47). Cette solution s'applique également lorsque le contribuable exerce une action personnelle tout en faisant valoir simultanément un droit de la commune. Ainsi la Cour de cassation a jugé que «le riverain d'un chemin public a sur ce chemin des droits propres inhérents à sa propriété, qu'il tient de la situation des lieux et qu'il peut exercer dans son intérêt privé sans emprunter l'action de la commune» (48). En revanche il en va tout autrement, et l'autorisation redevient nécessaire, lorsque le litige a pour conséquence de faire trancher la question de la propriété du chemin car le demandeur ne se limite plus seulement à la revendication d'un droit purement personnel (49).

Dans le respect de ces conditions, le contribuable peut être autorisé à exercer la totalité des actions appartenant à la commune (50) sauf si le juge décide de statuer directement au fond (51).

#### — Il faut un refus ou une négligence de la commune

Pour que le contribuable soit autorisé à agir en lieu et place de la commune, il est nécessaire que cette ait nettement manifesté son refus d'agir. Concrètement cela signifie que le Conseil municipal, mis en demeure d'exercer l'action, doit avoir expressément décidé de ne pas intenter le recours envisagé par le contribuable. En effet le contribuable ne peut être autorisé à se substituer à la commune que si, selon l'article L. 316-5 du code des communes, la commune a refusé ou négligé d'agir (52). De ce fait, la jurisprudence refuse aux contribuables l'autorisation de substituer à la commune si celle-ci a déjà intenté l'action (53) ou bien si la commune, après avoir refusé d'agir, modifie sa position et exerce une action (54).

De même, le juge administratif, appliquant strictement l'obligation d'une délibération du Conseil municipal, a longtemps exigé une décision explicite ou

(44) CE, 20 février 1959, Société La Mutation du Centre, Rec., p. 135.

(45) Le juge est particulièrement strict sur l'exigence d'une prétention susceptible de justifier l'obtention de l'autorisation. Cf. en ce sens, CE, 15 avril 1910 Laporte, Rec., p. 1062.

(46) CE, 7 mars 1901, Sieur Leclerc, Rec., p. 965.

(47) CE, 21 novembre 1890, Compagnie générale des eaux, Rec., p. 849.

(48) Cass, Req. 27 janvier 1941, Sieur Collet, GP, 1941-I-332.

(49) Trib. civ. Albi, 21 juillet 1949, D. 1950, Somm. 13.

(50) L'action engagée sur le fondement de l'article L. 316-5 du code des communes a semblé pouvoir être paralysée par d'autres dispositions législatives. Ainsi, la Chambre criminelle de la Cour de cassation s'est opposée à la substitution de la commune par le contribuable comme partie civile dans une affaire d'escroquerie commise au préjudice de la commune sur le fondement des dispositions de l'article 2 du code de procédure pénale qui dispose que l'action civile n'appartient qu'à ceux qui ont personnellement souffert du dommage causé par l'infraction (Cass. crim., 11 décembre 1969). Mais, notamment au regard des récentes constitutions de partie civile dans l'affaire dite «Urba» il ne semble pas que les juridictions judiciaires aient maintenu leur jurisprudence en ce domaine.

(51) CE, 8 octobre 1910, Sieurs Greuyard et autres, Rec., p. 1062.

(52) CE, 8 janvier 1840, Vaillant ; CE, 21 février 1896, Poquet.

(53) CE, 9 décembre 1904, Leclerc et Dubosc, Rec., p. 801.

(54) CE, 27 décembre 1907, Séméria, Rec., p. 1014.

implicite du Conseil municipal (55). Mais il a depuis considérablement assoupli son exigence et a considéré que le refus ou la négligence étaient constitués dès lors qu'il résulte «de l'ensemble des circonstances de l'affaire que l'assemblée communale n'a pas ignoré cette demande, et qu'elle a négligé d'exercer l'action en question» (56). Cet assouplissement s'est également manifesté par l'abandon de la jurisprudence selon laquelle le refus du maire de se conformer à la délibération du Conseil municipal décidant d'intenter l'action ne permettait pas de considérer que l'on était en présence d'un refus ou d'une négligence de la commune (57). Désormais, il n'est pas nécessaire de distinguer entre l'hypothèse dans laquelle le refus trouve son origine dans une décision du Conseil municipal et l'hypothèse dans laquelle ce refus provient du maire (58).

#### — Obligation de consigner une somme déterminée

Cette obligation ne figurait pas dans les articles 49 et 50 de la loi du 18 juillet 1837. Mais la jurisprudence avait considéré que les conseils de préfecture et le Conseil d'État pouvaient subordonner l'autorisation à la consignation préalable d'une somme suffisante pour payer les frais du procès. Cette jurisprudence était justifiée par le fait que la décision d'autorisation a effet à l'égard de la commune concernée. La commune peut profiter d'une réussite éventuelle de l'action engagée à sa place par le contribuable mais elle peut également en subir les conséquences. Le contribuable agit certes à ses frais et risques mais, en cas d'insolvabilité de celui-ci, la commune peut se voir obliger de payer les dépens. La loi du 8 janvier 1905 a repris la jurisprudence ainsi développée par les juridictions administratives en prévoyant que «Le Conseil de préfecture ou le Conseil d'État peuvent, s'ils accordent l'autorisation, en subordonner l'effet à la consignation préalable des frais d'instance et ils fixent, en ce cas, la somme à consigner» (59).

L'encadrement strict de cette procédure apparaît donc nettement à travers l'analyse des conditions de forme imposées par les textes à l'exercice par un contribuable communal des actions appartenant à la commune. Mais cet encadrement apparaît de manière encore plus forte avec les conditions de fond que le juge administratif a imposées.

#### 2) *Les conditions de fond*

Le Conseil d'État a élaboré deux conditions supplémentaires qui constituent une forme de doctrine que l'on retrouve exprimée particulièrement clairement dans un décret en Conseil d'État du Président de la République du 23 mars 1987 qui indique que «le législateur a soumis l'exercice, par un contribuable, du droit d'exercer à ses frais et risques une action au nom d'une commune, à l'obtention d'une autorisation spéciale ; qu'il a entendu ainsi faire obstacle à toutes les actions qui ne rempliraient pas simultanément les deux conditions de présenter des chances sérieuses de succès et d'offrir un intérêt pour la commune» (60).

(55) CE, 15 novembre 1871 et 6 avril 1872.

(56) Conseil de préfecture de Caen, 26 juillet 1951, Dalloz, 1951, p. 726, note C. G.

(57) CE, 9 décembre 1904, Leclerc et Dubosc, Rec., p. 801.

(58) CE, Ass., 11 mai 1959, Vincey et autres, Rec., p. 203.

(59) Cette disposition est désormais prévue par l'article R. 316-4 du code des communes dont la rédaction est très proche de celle adoptée par la loi de 1905 puisque cet article dispose que «le Tribunal administratif ou le conseil d'État peuvent, s'ils accordent l'autorisation, en subordonner l'effet à la consignation préalable des frais d'instance. Ils fixent dans ce cas la somme à consigner».

(60) CE, 23 mars 1927, Sieur Tournois, Rec., p. 1309.

Ces deux conditions manifestent au plus haut point, ainsi que l'a précisé M. Hauriou, la compétence dont dispose le juge administratif pour apprécier l'opportunité de la décision à prendre en ce domaine (61). Mais le caractère peu prolix de la motivation des décisions refusant d'accorder l'autorisation rend difficile l'interprétation de cette double exigence de chances sérieuses et d'intérêt pour la commune (62). On peut regretter que se trouvent mêlées «une appréciation juridique qui peut n'être que de vraisemblance ou de probabilité sur les chances que l'action a d'aboutir à un résultat favorable et une appréciation d'opportunité compte tenu notamment de l'importance des intérêts en jeu» (63).

Il semblerait qu'il puisse être envisagé un certain nombre de degrés dans l'appréciation des chances de succès et de l'intérêt pour la commune. Ainsi dans certains cas le Conseil d'État considère que l'action envisagée «ne présente dans les circonstances de la cause aucun intérêt pour ladite commune» (64). Dans d'autres hypothèses, le juge administratif refuse l'autorisation, non pas parce que l'action envisagée n'a aucun intérêt, mais parce qu'elle ne présente pas «un intérêt suffisant» (65) ou lorsqu'elle «ne présente pas de chances sérieuses de succès» (66). Le Conseil d'État adopte même un contrôle comparable au bilan coûts-avantages, ce qui le conduit à refuser l'autorisation lorsque l'action envisagée par le contribuable présenterait «des inconvénients qui ne sauraient être compensés par les résultats éventuels de la décision à intervenir» (67), et même à considérer que l'autorisation ne peut être accordée lorsque l'action serait plus opportunément exercée par le Conseil municipal (68).

Cette double exigence n'est pas entièrement satisfaisante. En effet, les actions envisagées ont principalement comme juge compétent le juge judiciaire. De ce fait, il aurait pu sembler souhaitable de ne refuser l'autorisation que dans les hypothèses d'absence manifeste de chances de succès. De même, l'exigence d'un intérêt suffisant pour la commune paraît encore plus obscure que l'exigence d'une chance sérieuse de succès. L'analyse des circonstances auxquelles font référence les décisions des tribunaux administratifs et les décrets ne fait pas apparaître avec clarté ce que le juge entend par «intérêt de la commune». On pourrait même penser que se cache, derrière cette exigence, la possibilité pour le juge de jouer un rôle de modérateur dans les conflits locaux souvent à l'origine des demandes d'autorisation de substitution.

## B) Procédure d'obtention de l'autorisation

Afin d'obtenir l'autorisation de substituer à la commune, le contribuable communal, en vertu de l'article L. 316-6 du code des communes, doit adresser au Tribunal administratif un mémoire détaillé dont l'importance est primordiale, car c'est au regard des prétentions qui y sont formulées que le Tribunal administratif va

(61) M. Hauriou, note CE, 26 juin 1922, Sirey, 1922-III-25.

(62) Le décret précédemment visé contenait ainsi une motivation peu explicite : «Considérant qu'il résulte de l'instruction que la commune de Vandenesse n'a aucun intérêt né et actuel à voir intenter, en son nom, une action contre la dame veuve Jaulis». De même le décret du Président de la République du 1er mars 1926 (Sieur Moreau, Rec., p. 1199) considère que «l'action que le sieur Moreau se propose de soutenir au nom de la commune d'Yport contre la société Lebon et Cie ne présente pas de chances sérieuses de succès et qu'il n'est pas établi que ladite commune ait intérêt à ce qu'elle soit intentée».

(63) O. Schrameck, *Le régime des autorisations de plaider. Une procédure juridique en question*, Commentaire, n° 57, 1992, p. 160.

(64) CE, 31 janvier 1924, Consorts Empereur, Rec., p. 1079.

(65) CE, 10 octobre 1905, Sieurs Lachaud, Baduel et autres, Rec., p. 1028 ; CE, 30 juin 1921, Sieur Hamet, Rec., p. 1139.

(66) CE, 22 mai 1904, Sieur Gensac, Rec., p. 893 ; CE, 14 mars 1916, Caltro, Rec., p. 581.

(67) CE, 18 novembre 1899, Dame Pambrun, Rec., p. 795.

(68) CE, 26 juin 1922, Sirey, 1922-III-25.

examiner l'intérêt pour la commune de l'action envisagée et ses chances de succès. Conformément à la procédure en vigueur lorsque le préfet présidait le Conseil de préfecture, le préfet est saisi de ce mémoire qu'il transmet au maire en l'invitant à le soumettre au Conseil municipal, spécialement convoqué à cet effet. Le Tribunal administratif, saisi éventuellement de la délibération du Conseil municipal et des autres pièces afférentes à l'affaire, doit rendre sa décision dans le délai de deux mois à dater du dépôt de la demande (69).

Si le Tribunal administratif refuse l'autorisation ou s'il n'a pas statué dans un délai de deux mois (70), le contribuable peut dans un délai d'un mois saisir en appel la Section du contentieux du Conseil d'État (71). Celui-ci entend strictement le délai imparti au contribuable pour le saisir (72). Le Conseil d'État a justifié cette sévérité en considérant que «les auteurs de cet article ont entendu confirmer dans des délais très brefs l'exercice du droit exceptionnel qu'ils reconnaissent aux contribuables» (73). Cette position du juge administratif ne doit pas surprendre. Le législateur a manifesté à trois reprises sa volonté d'encadrer ce recours dans un délai des plus brefs. En effet, la loi de 1837 accordait déjà un délai relativement court de trois mois au contribuable pour se pourvoir devant le Conseil d'État. Puis la loi de 1884 a réduit à deux mois ce délai que la loi de 1905 a encore restreint à un mois. Il n'y a donc pas de doutes sur la volonté du législateur. De ce fait, si ce délai n'est pas respecté, le contribuable encourt une déchéance qui «met obstacle à ce que le Sieur Dumas puisse désormais exercer, pour les mêmes faits, contre les mêmes personnes et en vue des mêmes fins, les actions qui appartiendraient à la commune» (74). Le Conseil d'État dispose alors désormais, en vertu de l'article 2 du décret du 26 février 1982, d'un délai de trois mois pour statuer. Cette disposition qui n'est absolument pas accompagnée d'une sanction ne doit donc être comprise que comme une invitation au Conseil d'État pour qu'il statue avec une certaine célérité. En cela, cette disposition doit être différenciée de celle, presque identique, qui s'appliquait, avant 1905, aux demandes d'autorisation de plaider des communes. En effet le Conseil de préfecture et le Conseil d'État n'avaient qu'un délai de deux mois pour statuer. Mais, à la différence de la situation actuelle, le non-respect de ce délai était sanctionné puisque l'article suivant de la loi de 1884 prévoyait qu'«à défaut de décision rendue dans les délais ci-dessus impartis, la commune est autorisée à plaider» (75).

L'encadrement particulièrement strict du recours à cette procédure se manifeste également par l'obligation imposée au contribuable ayant obtenu une première autorisation d'en demander une seconde, voire une troisième, pour se pourvoir en appel (76) ou en cassation (77) dans l'action qu'il a engagée en lieu et place de la commune. Le respect de cette formalité, prévue à l'article L. 316-8, et que certains

(69) Ainsi que l'a précisé le Conseil d'État (19 novembre 1890, Cieutat et 14 janvier 1897, Baïgorry), le délai court seulement à partir du jour de réception de la demande au greffe du Tribunal administratif. C'est donc sans doute l'enregistrement qui sert de base à la computation du délai.

(70) Cette décision implicite de refus est particulièrement caractéristique de la nature particulière de ce recours, au moins en première instance.

(71) Si l'on considère que l'arrêté du Tribunal administratif constitue une décision individuelle, on peut s'interroger sur le maintien de l'appel au niveau du Conseil d'État. En effet, à compter de 1995, la totalité de l'appel contre les jugements provoqués par les recours pour excès de pouvoir contre les actes non réglementaires devrait être transférée aux cours administratives d'appel. On peut se demander si la spécificité du recours afin d'obtenir une autorisation de plaider conduira à réserver à ces appels une situation particulière.

(72) CE, 26 février 1913, Sieur Canioni, Rec., p. 1328.

(73) CE, 30 avril 1932, Sieur Dumas, Rec., p. 1150.

(74) Ibid.

(75) Article 127 de la loi du 5 avril 1884.

(76) CE, 3 février 1984, Le Corre, req. 46249.

(77) Cass. civ., 4 février 1975, Bull. civ., n° 38.

auteurs ont dénoncé comme particulièrement formaliste (78), ne peut être écartée puisqu'elle est considérée comme d'ordre public (79). Seul le contribuable défendeur en appel, qui ne s'est donc pas pourvu lui-même en appel, peut se dispenser d'une nouvelle autorisation lorsqu'il s'agit de la même action pour laquelle il avait obtenu une autorisation (80). Sur le fondement de la loi de 1837, le contribuable pouvait, sans autorisation, se pourvoir en appel ou en cassation (81). Mais la loi de 1884, en faisant prévaloir la solution contraire, a accentué cet encadrement excessif. Il semblerait nécessaire de l'assouplir afin de rendre plus accessible ce recours.

La volonté de limiter l'emploi de cette faculté se substitue également une expression dans la doctrine adoptée par le juge en ce qui concerne le recours contre les décisions des tribunaux administratifs. En effet, en vertu de l'article R. 316-2, le contribuable peut se pourvoir devant le Conseil d'État lorsque le Tribunal administratif n'a pas statué dans le délai de deux mois ou lorsque l'autorisation est refusée. De ce fait le recours, contre la décision du Tribunal administratif autorisant le contribuable à plaider pouvait sembler ne pas être ouvert à la commune ou à d'autres personnes. Mais le Conseil d'État a écarté l'application stricte de cette disposition et admet le recours du maire ou des personnes qui y ont un intérêt contre la décision accordant l'autorisation (82). On ne peut que regretter le fait que le seul élément de souplesse apportée à cette procédure ait pour objet de permettre que soit attaquée les décisions accordant l'autorisation. Sans remettre en cause cette ouverture parfaitement logique et sans doute nécessaire, le juge aurait pu en faire tout autant dans d'autres hypothèses.

C'est pourquoi, plus encore que d'une réforme des textes, il semblerait souhaitable que le Conseil d'État revienne partiellement sur sa double exigence d'«intérêt pour la commune» et de «chances sérieuses» qu'il a imposée. La réforme opérée par le décret du 26 février 1992, à défaut de l'imposer, peut au moins permettre que soient mieux comprises ces deux exigences.

---

(78) J. Singer, Substitution d'un contribuable à la commune devant la justice, *Revue administrative*, 1973, p. 421.

(79) Cass. civ., 4 février 1975, *Bull. civ.*, n° 38.

(80) Cass. civ., 28 février 1984, M. Gaspé et autres contre M. Barbet et autres, *Bull. civ.*, n° 50.

(81) Voir L. Morgand, *La loi municipale*, Librairie Administrative Berger-Levrault, 10e éd., 1923, n° 1402, p. 200.

(82) CE, Sect., 13 novembre 1931, Laurent et Ville de Castelnaudary, *Rec.*, p. 987 ; CE, 3 mars 1976, Garrigues, *Rec.*, p. 790.

- II -

**DROIT CONSTITUTIONNEL  
COMPARÉ**



# LA GUINÉE À L'AUBE DE L'ÉTAT DE DROIT

## LA LOI FONDAMENTALE DU 31 DÉCEMBRE 1990

Par

Maurice-Pierre ROY

*Professeur à la Faculté de Droit de Grenoble*

Après avoir vécu, de 1958 à 1984, sous le férule de Sekou Touré, un temps en apparence immobile, voici que pour la Guinée, l'histoire s'est brusquement accélérée : mort du leader charismatique le 26 mars 1984, prise du pouvoir par les militaires dans la nuit du 2 au 3 avril 1984, proclamation de la II<sup>e</sup> République. La promulgation le 31 décembre 1990, six ans après d'une Loi fondamentale adoptée par le peuple Guinéen lors du référendum du 23 décembre, peut être interprétée comme la manifestation de la volonté des militaires de revenir au constitutionnalisme. Cette Loi fondamentale marque une étape nouvelle dans l'histoire politique et constitutionnelle du pays.

La Guinée - à la différence d'États voisins (Bénin - Haute Volta) qui ont connu une succession impressionnante de constitutions - a vécu dans une stabilité constitutionnelle notable jusqu'à la prise du pouvoir par les militaires en 1984. Deux lois fondamentales l'ont régi, celle de 1958 et celle de 1982.

— La Constitution de 1958 a été élaborée dans des conditions hâtives (10 jours pour la rédaction et 2h pour l'approbation par l'Assemblée nationale) et dans l'atmosphère enfiévrée du divorce franco-guinéen. L'inspiration majeure de ses auteurs fut de créer un régime présidentiel fort : "les rédacteurs, note B. Charles, ont pris au système américain tout ce qui permettait une concentration des pouvoirs entre les mains du président, mais en rejetant tous les garde-fous pour empêcher, en théorie, un régime fort de devenir dictatorial" (1). Aucune mention n'était faite d'un parti quelconque. Le fonctionnement du régime a été fondamentalement altéré, en fait, par la reconnaissance du parti unique au-dessus des institutions. Une constitution coutumière est venue se greffer sur la constitution écrite et conférer aux institutions une signification qu'elles n'avaient pas à l'origine. Le Parti Démocratique de Guinée a été considéré comme étant supérieur à l'État dont il assure la direction voire le fonctionnement ; en 1964 Sekou Touré résume son rôle dans une formule "l'unité fonctionnelle du parti et de ses organes d'exécution, le législatif, l'exécutif et le judiciaire, permet une étude complète des problèmes" (2). En novembre 1978 le XI<sup>ème</sup>

(1) B. Charles, *La République de Guinée*, Berger-Levrault Paris 1972, p. 23.

(2) cité par B. Charles, *op. cit.*, p. 25.

congrès du P.D.G. proclame la transformation de la Guinée en République Populaire Révolutionnaire de Guinée. La reconnaissance juridique du rôle prééminent du parti unique a permis, en 1982, d'éliminer la contradiction entre le droit constitutionnel et la pratique politique.

— La Constitution de 1982 innove en droit constitutionnel en ce qu'elle substitue le rôle du parti unique à celui de l'État (3). Les organes du Parti se confondent avec ceux de l'État. C'est la formule du Parti-État. Le P.D.G. est désormais appelé "Parti-État" : "Le pouvoir révolutionnaire est exercé par le peuple organisé au sein du Parti Démocratique de Guinée, Parti-État, sur la base du centralisme démocratique" (art. 32) (4). Gouvernement et administrations sont les organes d'exécution de la ligne définie par le Parti-État avec lequel ils se confondent.

Ce texte est sans équivalent en ce qu'il supprime la distinction, même formelle, du Parti et de l'État.

Il se démarque très nettement des constitutions des États communistes, Chine ou U.R.S.S. : il affirme moins le rôle dirigeant du parti (Cf. URSS : art. 6 Constitution 1977) que l'absorption, la phagocytose de l'État par le parti. L'une des justifications invoquée en Guinée se veut historique : le P.D.G. a fondé l'État en 1958, il lui revient donc de l'organiser, de le diriger, de le contrôler. La portée de cette Constitution apparaît très clairement : "Elle venait consacrer l'omnipotence d'un organe ou plutôt d'un homme disposant de tous les pouvoirs : exécutif, judiciaire, législatif et constitutionnel. Cet homme c'était le Président de la République, Secrétaire-général du Parti-État, responsable Suprême de la révolution" (5). Le Parti-État s'avère être un État de dictature.

Sekou Touré, héros de l'émancipation nationale - l'homme du "non" au Général de Gaulle et qui, à ce titre conserva longtemps une sorte de charisme historique pour toute une génération d'Africains (6) va exercer pendant un quart de siècle une dictature totalitaire et sanglante (7). Il s'était fixé pour objectif la construction d'une société socialiste par la transformation radicale tant des structures économiques et sociales que des comportements ; pour accélérer ce bouleversement le "Responsable Suprême de la Révolution" a élaboré et imposé une idéologie totalitaire à l'ensemble de la collectivité (8).

Si la violence physique n'a pas été utilisée contre le colonisateur, elle a été au cœur du régime, tournée contre le peuple Guinéen. Purges, procès, emprisonnements, tortures généralisées, exécutions, exil frappent non seulement des proches collaborateurs, des ministres, des amis du Président, mais aussi toutes les couches et

(3) Cette formule de Parti État se retrouve au Congo - Zaïre - Bénin.

(4) Selon Sekou Touré "Le Parti-État c'est la fusion de l'État instrument technique du peuple et du Parti instrument politique du peuple. Le peuple doit agir à la fois dans l'État et sur l'État, dans le Parti et sur le Parti ; le peuple possesseur du Parti et de l'État, les rassemble en une seule entité, le Parti-État, lequel devient alors l'instrument global du peuple, qui annule toute contradictions entre eux", cité par A. Lewin, *La Guinée*, P.U.F. 1984, p. 84.

(5) Selon S. Sylla la nouvelle constitution était une tentative de synthèse entre les statuts de P.D.G. et la première constitution avec quelques dispositions constitutionnelles en plus : "Il est à peine exagéré, écrit-il, de dire que la nouvelle constitution n'était rien d'autres que les statuts du P.D.G., saupoudrés des dispositions utiles de l'ancienne constitution, et de quelques règles nouvelles dont certaines rappellent les dispositions de la constitution française de 1958" in "Guinée", *Constitutions Africae Bruylant* 1988, p. 18.

(6) Pour l'ancien ministre malgache J. Rabemananjara "la fermeté du geste guinéen a permis au Nègre à l'échine courbée de se redresser de toute sa hauteur, de se laver d'une longue souillure... Qu'il en ait clairement ou confusément conscience, chaque africain, chaque colonisé est concerné par la décision guinéenne", in Lewin op. cité, p. 63.

(7) Cf. I. Baba Kake, Sekou Touré le héros et le tyran, Jeune Afrique, Paris 1987.

(8) B. Charles écrit "Totalitaire, l'idéologie concerne toute la société dans ses groupes et ses classes, chaque individu dans toutes ses activités. Elle est sans cesse rappelée et développée à travers les émissions de radio et les nombreux discours, écrits de Sekou Touré" in "Guinée" *Encyclopaedia Universalis* vol. 11, p. 57.

catégories sociales. Plus de 2 millions de Guinéens ont fui la terreur à l'étranger (9). L'échec économique est patent d'un régime prétendu révolutionnaire qui avait fait le choix d'une planification centralisée de l'économie et de la production collectivisée. Le pays qui présentait tant d'atouts en 1958 - "scandale géologique" - était à la mort de Sekou Touré complètement délabré, l'un des vingt pays les plus pauvres du monde (10).

Une identification des institutions à un homme ne peut manquer de créer de graves dangers. "L'extrême concentration des pouvoirs au mains d'un homme le rend très vulnérable. Il suffit de quelques soldats décidés pour qu'il soit éliminé. La dictature partisane ne survit pas à la disparition de son chef, l'État lui-même est emporté" (11). Ainsi lorsque Sekou Touré meurt le 26 mars 1984, le pays connaît un grand vide politique (aucune autorité précise n'était désignée pour le suppléer). Profitant du flottement qui régnait à Conakry l'armée s'est emparée du pouvoir le 4 avril 1984. Le coup d'État qui a renversé le régime s'est effectué sans effusion de sang et a été accueilli favorablement par la population : "la mangue était mûre, il ne restait qu'à la manger" déclare le Colonel Traoré. La stabilité constitutionnelle de la Guinée n'était qu'apparente ; ce n'est pas la constitution qui était stable, mais Sekou Touré. Lorsque ce dernier a disparu, la Constitution de 1982 fut elle même condamnée à disparaître ; son sort était lié à celui du Président dont elle avait servi à légitimer l'autorité. "Elle était sa constitution, instrument de personnalisation du pouvoir, mais aussi victime de cette personnalisation" (12). L'État n'a pas survécu à son chef, et la Guinée est devenue un pays sans parti.

Avec la II<sup>e</sup> République, la Guinée a opéré - sous l'égide du Comité militaire de redressement national (CMRN) et de son président le Général Lansana Conte - une réorientation radicale de sa politique économique. Tourant le dos à son passé socialiste, elle pense trouver dans la voie libérale une solution à sa pauvreté. Au plan succède le marché, au collectivisme la confiance dans l'initiative privée. À l'instigation des experts du F.M.I. et de la Banque Mondiale, la Guinée a mis en œuvre, depuis 1986 un plan d'ajustement structurel qui se précise davantage chaque jour : réformation du système monétaire, restructuration du système bancaire, assainissement du secteur public et parapublic, libération des prix et du commerce extérieur, mesures de relance de la production (13). L'idée se répand - en Guinée comme ailleurs en Afrique - que la libéralisation économique doit s'accompagner d'une libéralisation politique, que la constitution doit porter la marque du recours à l'économie de marché et à l'initiative privée. "Il y a, note J. du Bois de Gaudusson, un versant constitutionnel des politiques d'ajustement structurel" (14) comme son homologue économique, cet ajustement structurel constitutionnel est un ajustement sous influence.

Le constitutionnalisme africain, aussi sensible que fragile, enregistre les mutations politiques qui peuvent intervenir tant sur le plan interne que sur le plan international. Les États Africains subissent des incitations à la démocratisation en provenance de l'occident, et les répercussions des événements de l'Est Européen.

(9) Cf. A. A. Diallo, *La vérité du ministre. Dix ans dans les geôles de Sekou Touré* Calman Levy 1985.

(10) Cf. Ansoumane Dore, *Économie et société en République de Guinée 1958-1984*, éd. Bayardière Chenove 1986.

(11) M. P. Roy, *op. cit.*, p. 440.

(12) G. Conac, *Dynamiques et finalités des droits africains*, *Économica* 1979, p. 9.

(13) Cf. G. Caire "Guinée : deuxième gouvernement de la deuxième république, an deux", *Mondes en développement*, n° 62 1988 - A. Cheveau-Loquay, "La Guinée en reconstruction : quelles possibilités d'autonomie ?" in J.C. Racine, *Tiers Mondes : Figures d'incertitudes*. L'Harmattan Paris 1991, p. 61-89.

(14) J. du Bois de Gaudusson, "Les nouvelles tendances du constitutionnalisme en Afrique" ; *Communication au premier Congrès français de droit constitutionnel*, Strasbourg 27-29 septembre 1990.

— Les incitations de l'occident : une doctrine proposée par la C.E.E. et par la France fait de l'instauration de la démocratie la condition de la poursuite d'une aide économique substantielle.

Les Douze États de la C.E.E. ont lié dans la convention de Lomé (IV) l'aide aux pays A.C.P. aux progrès de la démocratie (article 5) (15).

La France, quant à elle, a instauré explicitement une conditionnalité politique : le respect des droits de l'homme et de la démocratie. Elle l'a fait savoir par la voix de F. Mitterrand à l'occasion du 16<sup>e</sup> sommet Africain de la Baule en juin 1990. Tout en se défendant de vouloir imposer la démocratisation de l'extérieur, le chef de l'État français a déclaré "C'est aux Africains de savoir qui doit les diriger et comment. En revanche nous ne cachons pas notre attente pour que s'affirment de véritables démocraties avec multipartisme, élections libres, respect des droits de l'homme et nous encourageons les évolutions qui y conduisent" (16). Il s'est engagé à aider davantage les pays en voie de démocratisation. "La France liera tout son effort de contribution aux efforts qui seront accomplis pour aller vers plus de liberté" (17) précisant que l'aide française serait "plus tiède envers les régimes autoritaires" et "plus enthousiaste envers ceux qui franchissent le pas vers la démocratie". Ce discours s'il a reçu un accueil mitigé auprès des dirigeants Africains (18) répondait aux désirs d'une grande partie des jeunes élites (universitaires - étudiants, etc.).

— Les répercussions des événements de l'Europe de l'Est : la déstabilisation politique qui a saisi les États du Pacte de Varsovie a eu d'immédiates répercussions, très loin du cadre géographique de l'Europe orientale ; sur le continent noir. Le vent de liberté qui a soufflé sur l'Est européen a secoué les cocotiers du Sud. Le grand poète Malgache (et ancien ministre de l'économie) J. Rabemananjara écrit ainsi "les peuples d'Afrique ont ressenti avec ferveur le grand souffle de liberté venu des pays de l'Est européens après l'effondrement du communisme" (19). Les peuples africains savent à présent qu'aucun statu quo n'est éternel, et que les dictatures les plus coriaces peuvent être évincés. La chute de Ceausescu a renforcé sur tout le Continent Africain la légitimité du combat démocratique que l'extension des programmes télévisuels a amplifié.

En 1990, partout en Afrique - surtout francophone - des mouvements revendicatifs ont brusquement émergé réclamant le multipartisme face au parti unique des autorités, l'État de droit à la place de l'arbitraire et enfin la moralisation de la vie publique dans les pays gangrenés par une corruption effrénée. Dans les États dits "à orientation socialiste" (20) (Bénin - Congo - Madagascar), ces avatars tropicaux du marxisme léninisme, les chefs d'État et de parti posent la question du multipartisme, remettent en cause l'option du marxisme léninisme (à l'impossibilité idéologique nul n'est tenu !), le rôle dirigeant de parti ; ils se voient contraints de reconnaître le multipartisme et d'amorcer un processus de démocratisation. Cette vague démocratique a secoué la Guinée (l'un des plus beaux fleurons de la catégorie désormais moribonde,

(15) Cf. aussi la Communication de la Commission au Conseil, du 13 mars 1991, sur les droits de l'homme et la politique de coopération au développement (Bulletin C.E.E. 3.1991 point 1.3.41).

(16) Interview au journal *Le Monde* 20.06.1990. Donnant une leçon d'instruction civique aux chefs d'États Africains il déclare "J'ai naturellement un schéma tout prêt : système représentatif, élections libres, multipartisme, liberté de la presse, indépendance de la magistrature, refus de la censure".

(17) *Le Monde* 23.6.1990.

(18) Si le Président Diouf du Sénégal qui pratique depuis 1981, non sans difficulté, le multipartisme a justifié la conditionnalité de l'aide, estimant "il faut donner une certaine prime aux pays qui se lancent dans le pluralisme politique", certains de ses pairs africains ont été irrités, ayant l'impression de se voir imposer une fois encore l'occident en modèle, *Le Monde* 26.06.1990.

(19) J. Rabemananjara "Madagascar, Naufrage d'une île", *Le Monde* 1991.

(20) Sur les États à orientations socialiste Cf. V. Tchirkine, "L'État à option socialiste dans les États Africains" - B. Ngom, "Recherche d'un critère juridique de l'État à orientation socialiste" in *Mélanges Gonidec L.G.D.J.* 1985.

des États à orientation socialiste jusqu'au décès de Sekou Touré). Le Président Conté a compris que le moment était venu pour lui, s'il ne voulait pas comme tant d'autres, être balayé quelque jour par la colère populaire, de songer très sérieusement à honorer la promesse - faite lors de la prise de pouvoir par les militaires en 1984- de créer les bases d'une véritable démocratie et de promouvoir le respect des droits de l'homme.

La Loi fondamentale du 31 décembre 1990 se distingue par bien des points de ses devancières, mais elle ne rompt pas totalement avec l'héritage constitutionnel du pays. Elle se rallie en effet à certains aspects du modèle occidental de démocratie : d'abord l'objectif affiché a changé - à la réalisation d'une société socialiste se substitue une volonté de fonder un État sur la primauté du droit - ; ensuite elle consacre le multipartisme (art. 3) - un multipartisme très dirigé (21) - condition du bon fonctionnement du modèle de démocratie pluraliste ; enfin elle contient une proclamation solennelle des droits et libertés d'où se dégage une philosophie politique, sociale et culturelle de type libéral.

Mais en même temps, alors qu'hommage est explicitement rendu au principe de la séparation des pouvoirs (22), le Président de la République demeure bel et bien au centre de l'appareil institutionnel qu'il domine de sa stature.

La Loi fondamentale présente incontestablement une grande ambiguïté dans la mesure où elle met simultanément en œuvre des dispositions visant à conforter l'hégémonie présidentielle au sein d'un régime présidentiel (I) et des dispositions destinées à garantir les droits et les libertés des citoyens en assurant l'adhésion à un État de droit (II).

## I - L'AMÉNAGEMENT DU RÉGIME PRÉSIDENTIALISTE

La loi fondamentale de décembre 1990 manifeste - comme celles de nombreux États Africains - un engouement pour le régime présidentiel qui rappelle le "se caractérise essentiellement par un renforcement considérable des pouvoirs du chef de l'État et une diminution corrélative du pouvoir délibérant. Ce déséquilibre au profit du chef de l'État, pouvant aller à la limite, jusqu'à la confusion des pouvoirs. Il témoigne de la volonté des dirigeants du tiers monde de conférer une assise constitutionnelle à la concentration des pouvoirs entre leurs mains" (23). Aussi consacre-t-elle l'hégémonie du Président et la minorisation de l'Assemblée.

### 1 - L'hégémonie présidentielle

Le chef de l'État occupe dans l'organisation des pouvoirs publics Guinéens une place hégémonique qui tient à la fois à son mandat populaire et à la concentration, à son profit de prérogatives fort étendues.

(21) Les partis politiques ont pour mission de concourir à l'éducation politique des citoyens et à l'expression du suffrage. A cette fin ils ont le monopole de la présentation des candidatures aux élections. Ce multipartisme est encadré par des conditions strictes 1) les partis doivent avoir une implantation nationale 2) ne pas s'identifier à une race, une ethnie, une religion ou un territoire 3) respecter les principes de la souveraineté nationale et de la démocratie, de l'intégrité du territoire et de l'ordre public. Une loi organique déterminera les conditions de création et d'exercice des activités ; elle pourra fixer pour un certain délai, le nombre de partis susceptibles de se constituer ; et enfin elle précisera les conditions dans lesquelles un parti qui transgresse les interdits précités ne sera plus considéré comme légalement constitué (en d'autres termes interdit). Le pouvoir dispose donc de nombreux motifs de refuser la création pour décider la suspension ou la dissolution des partis politiques.

(22) Curieusement le principe de séparation des pouvoirs n'apparaît qu'au détour de deux dispositions consacrant l'une l'indépendance du pouvoir judiciaire (art. 80), l'autre interdisant toute révision constitutionnelle mettant en cause le principe de séparation des pouvoirs (art. 91 al. 5).

(23) M. P. Roy, Les régimes politiques du Tiers Monde L.G.D.J. 1977, p. 110.

### A - Le mandat populaire

À travers l'organisation du mandat présidentiel se dessine une hégémonie à la fois recherchée et redoutée. L'autorité personnelle du Président trouve sa source dans une désignation populaire plus ou moins tempérée par les principes de rééligibilité réduite et de rupture avec toute fonction partisane. La continuité du pouvoir étant assuré par les mécanismes de la suppléance.

#### L'élection populaire

Le Président est désigné par le peuple souverain. L'élection au suffrage universel direct et au scrutin uninominal majoritaire à deux tour vise à lui conférer une légitimité démocratique et à renforcer son autorité vis-à-vis de l'Assemblée nationale (art. 29). L'accès à la candidature est relativement restreint. Aux conditions classiques d'éligibilité (nationalité guinéenne, citoyenneté) l'article 26 ajoute une condition d'âge - oscillant entre 40 et 70 ans - inspirée par la tradition africaine qui unit âge et sagesse. La pluralité des candidatures est surtout réduite par la disposition de l'article 26 al. 2 - en vertu de laquelle "aucune candidature n'est recevable si elle n'est présentée par un parti politique légalement constitué. Chaque parti ne peut présenter qu'une seule candidature" - cumulée avec celles des articles 3 et 95 (24) bornant à deux ou trois le nombre des partis, et donc des candidatures potentielles. La loi fondamentale prévoit une présentation des candidatures et du contrôle de recevabilité par un organisme juridictionnel : la Cour suprême. Celle-ci veille de surcroît à la régularité de l'élection qu'elle peut annuler ; elle devrait permettre à la notion de compétition électorale d'acquiescer à une certaine fiabilité en Guinée. L'actualité africaine témoigne que désormais des élections concurrentielles peuvent conduire à la défaite du Président sortant (Bénin - Cap Vert) (25).

Deux innovations manifestent le souci de réduire le risque de pouvoir personnel : la rééligibilité réduite - la déconnexion des fonctions présidentielle et partisane.

— Le Président est, selon la formule dominante en Afrique, élu pour un mandat de cinq ans (la Constitution de 1958 retenait le septennat)... Le souci de parer aux risques du continuisme, voire à la présidence à vie (Sekou Touré est demeuré président de 1958 à sa mort en 1984 ; il avait été réélu en 1982 pour un quatrième mandat avec 100 % des suffrages exprimés et quelques abstentions) a conduit le constituant Guinéen à limiter dans le temps la présence d'un même individu à la tête de l'État. L'article 24 pose un verrou de sécurité, en prévoyant un mandat renouvelable une seule fois. Cet interdit est fragile, il risque d'être remis en cause par une révision constitutionnelle à la veille de l'échéance du second mandat présidentiel ; les exemples en abondent tant en Afrique qu'en Amérique Latine.

— Le Président - désormais élu du peuple Guinéen - est déconnecté du parti dont il a défendu les couleurs. La Loi fondamentale apporte en effet une innovation majeure en décidant que le Président "doit cesser d'exercer toute responsabilité au sein d'un parti politique" (art. 33). Disposition étonnante dans un pays où Sekou Touré

(24) L'article 95 dispose que "le nombre des partis politiques susceptibles d'être constitués est limité à deux jusqu'à l'intervention d'une loi organique modifiant ce nombre".

(25) Au cours du premier trimestre 1991, les élections présidentielles au Cap Vert (fév. 1991) et au Bénin (mars 1991) ont vu pour la première fois en Afrique un opposant accéder au pouvoir par la seule force électorale.

Au Cap Vert, le chef de l'État sortant M. Pereira a laissé la place à M. Monteiro.

Au Bénin, un militaire putschiste candidat à sa propre succession, M. Kerekou, a dû passer la main, après un long règne musclé, à M. Soglo à l'issue d'une élection démocratique.

conciliait les fonctions de leader du parti unique et de Président, de facto (Constitution de 1988) et de jure (Constitution de 1982) (26).

— La suppléance : La vacance peut survenir en cas de décès, démission ou empêchement absolu du Président (art. 34) ; l'intérim est alors exercé par le Président de l'Assemblée nationale et en cas d'empêchement de celui-ci par l'un des vice présidents par ordre de préséance. Le suppléant ne dispose pas de la plénitude des pouvoirs présidentiels (il ne peut recourir au référendum - dissoudre l'Assemblée nationale - exercer le droit de grâce - engager une révision constitutionnelle) ; la durée maximum de l'intérim est de 60 jours. De nouvelles élections présidentielles doivent être organisées dans un délai de 30 à 50 jours après l'ouverture de la vacance. Il ne peut donc y avoir de dauphin désigné qui serait placé dans une position qui lui garantirait ou du moins lui faciliterait la succession.

Les modalités de désignation populaire du Président impliquent en toute logique son irresponsabilité politique. Il n'est responsable des actes accomplis dans l'exercice de ses fonctions qu'en cas de haute trahison (art. 86). Mis en accusation par l'Assemblée nationale à la majorité des trois cinquièmes des membres la composant, il sera jugé par la Haute Cour de Justice.

### *B - La concentration des prérogatives*

Le Président concentre en sa personne l'essentiel des pouvoirs ; de fait son action déborde largement de la sphère exécutive pour s'étendre à l'ensemble de l'espace politique (27). Les articles 37 et 41 - par recours à une formulation plus ou moins transposée de la Constitution de la V<sup>e</sup> République française - définissent sa quadruple mission : veiller au respect de la Loi fondamentale - assurer le fonctionnement régulier des pouvoirs publics et la continuité de l'État - garantir l'indépendance nationale et l'intégrité du territoire - déterminer et conduire la politique de la nation.

Le pouvoir gouvernemental lui est attribué à titre personnel. Il n'y a pas de premier ministre (la Guinée échappe à la mode du premier ministre qui sévit dans les États Africains Francophones) (28). Le Président nomme et révoque discrétionnairement les ministres qui sont de simples auxiliaires. L'article 39 al. 2 l'autorise toutefois à déléguer à un ministre une partie de ses compétences.

Outre les attributions traditionnelles de chef de l'exécutif, la Constitution lui accorde des prérogatives très étendues.

— Le Président est le détenteur exclusif du pouvoir réglementaire au niveau national (art. 38). À ce titre il assure l'exécution des lois et dispose aussi du pouvoir réglementaire autonome, compte tenu de la distinction des domaines et de la loi et du règlement retenue par les articles 59 et 60.

— Il dirige l'Administration et nomme à tous les emplois civils (art. 40). Il possède le droit de grâce (art. 43).

— Garant de l'indépendance nationale et de l'intégrité du territoire, il exerce les pouvoirs militaires. La Loi fondamentale cherche à assurer la stricte subordination de l'armée au pouvoir ; le chef de l'État bénéficie seul de cette subordination :

(26) La Constitution de 1982 stipulait dans son article 22 "La direction suprême du Parti-État est assurée par le Président de la République, Secrétaire Général du Partit État, responsable suprême de la Révolution".

(27) La Loi fondamentale ne comporte pas un titre clairement intitulé "pouvoir exécutif". Elle ne dispose pas que le Président est "le détenteur exclusif de l'exécutif". Le mot exécutif n'apparaît que dans l'article 80 spécifiant que le pouvoir judiciaire est indépendant du pouvoir exécutif et du pouvoir législatif.

(28) Relevons toutefois que dans la République révolutionnaire et populaire de Guinée, le chef de l'État s'était adjoint un Premier ministre pour l'aider dans sa tâche.

il est le chef des armées, il nomme à tous les emplois militaires. Il est responsable de la défense nationale (art. 41). Il déclare la guerre après autorisation de l'Assemblée à la majorité des deux tiers de ses membres (art. 75).

— Il dispose enfin des pouvoirs diplomatiques : il accrédite les ambassadeurs auprès des puissances étrangères ; les ambassadeurs étrangers sont accrédités auprès de lui (art. 42). Il arrête et conduit la politique étrangère ; à ce titre il négocie les traités (art. 77) et les ratifie après autorisation de l'Assemblée nationale.

Mais surtout la Loi fondamentale lui alloue des prérogatives très étendues, générant à son profit un très grand déséquilibre au sein du système constitutionnel. En effet le Président participe à l'activité législative tant par ses interventions dans le processus d'élaboration des lois que par le recours au référendum, dispose des pouvoirs exceptionnels en période de crise et possède même le droit de dissolution de l'Assemblée.

#### • Les interventions dans le processus d'élaboration des lois

Le Président peut intervenir d'une manière constante et pressante tout au long de ce processus. La Loi fondamentale lui accorde une initiative législative concurrente à celle des députés (art. 68). Si l'Assemblée établit son ordre du jour, le chef de l'État peut demander l'inscription par priorité d'un projet ou d'une disposition de loi. Toutefois l'examen des textes inscrits prioritairement ne peut excéder la moitié de la durée de la session ordinaire (art. 71), ce qui laisse aux députés la latitude d'examiner des propositions de loi n'ayant pas l'aval présidentiel.

Le Président ne participe pas personnellement aux débats parlementaires (art. 44) mais il ne relâche pas son attention au moment où la délibération s'engage : il possède un droit d'amendement par le truchement de ses ministres qui disposent du droit d'accès et de parole à l'Assemblée (art. 69 al. 1er) et peuvent ainsi défendre ses projets de loi. Il a la tâche de promulguer la loi votée dans un délai de dix jours. En cas de négligence, la loi entre automatiquement en vigueur (art. 65). Dans le délai de promulgation, le chef de l'État dispose d'une part d'un droit de renvoi en seconde délibération qui s'analyse - compte tenu de la majorité renforcée des deux tiers exigée pour l'adoption définitive du texte - comme un véritable veto suspensif (art. 63) ; d'autre part de la possibilité de déférer la loi à la Cour suprême dans le cadre d'un contrôle de constitutionnalité (art. 64 al. 1er). Dans ces conditions, il est difficilement concevable d'envisager l'adoption d'une loi qui n'aurait pas obtenu l'adhésion, ou tout au moins la bienveillante neutralité du Président.

#### • Le recours au référendum

Le référendum fait désormais partie de la panoplie constitutionnelle du chef d'État africain. précisant son article 2 qui dispose que le peuple Guinéen peut exercer la souveraineté par la voie référendaire, la Loi fondamentale confère à deux reprises au Président, la possibilité de procéder à une consultation populaire : le référendum législatif, le référendum constitutionnel.

— Le référendum législatif ordinaire : L'article 45 crée un mécanisme référendaire assez complexe. Le recours au référendum est en effet tantôt une compétence discrétionnaire tantôt une compétence liée du chef de l'État.

\* Une compétence discrétionnaire : en vertu de l'article 45 al. 1er, le Président peut, après avoir consulté le Président de l'Assemblée nationale, soumettre à référendum tout projet de loi portant sur l'organisation des pouvoirs publics, concernant les libertés et droits fondamentaux, ou l'action économique et sociale de

l'État, ou tendant à autoriser la ratification d'un traité. En pratique, le domaine référendaire est quasi illimité. Le recours au référendum permet alors au chef de l'État de se dispenser de l'intervention de l'Assemblée pour l'adoption des lois. Le pouvoir législatif de l'Assemblée est annulé.

\* Une compétence liée : au titre de l'article 45 al. 2, le Président doit, si l'Assemblée le requiert à la majorité des deux tiers de ses membres, soumettre au référendum toute proposition de loi portant sur l'organisation des pouvoirs publics ou concernant les droits et libertés fondamentaux. Le champ d'application du référendum sur initiative parlementaire est donc nettement plus limité.

Au demeurant la Cour suprême peut déposséder le Président de sa prérogative en matière référendaire, car l'article 45 prévoit un contrôle préalable et obligatoire de constitutionnalité du texte soumis à la votation populaire. En cas de non conformité, il ne peut être procédé au référendum.

— Le référendum constitutionnel : gardien de la constitution, le chef de l'État est juge de l'opportunité de sa révision. Il possède l'initiative au même titre que les députés. Le projet ou la proposition de révision constitutionnelle adopté par l'Assemblée ne devient définitif qu'après avoir été approuvé par référendum. Toutefois le projet ou la proposition (qui aura recueilli l'approbation du Président) ne sera pas présenté au référendum, si le Président décide de le soumettre à la seule Assemblée ; dans ce cas une majorité des deux tiers des députés est requise (art. 91). Autrement dit, en cas de révision constitutionnelle, le chef de l'État peut, à sa volonté, laisser se développer la procédure parlementaire ou opter pour la voie référendaire. Selon que le peuple lui paraît hostile ou que le Parlement lui est favorable, il fuira celui-ci pour s'appuyer sur celui-là et vice versa.

### Les pouvoirs exceptionnels

Le pouvoir de substitution de Président à l'Assemblée se manifeste avec intensité toutes les fois que la légitime défense de l'État peut être invoquée. La Loi fondamentale à l'instar de toutes les constitutions Africaines, alloue au chef de l'État des pouvoirs exceptionnels en cas de crise (la Constitution Guinéenne de 1958 était silencieuse sur ce point). Selon une gradation peu claire (et non définie par le texte constitutionnel), le chef de l'État est habilité à recourir soit à l'état de siège, soit à l'état d'urgence. L'article 74 l'affranchit de toute contrainte quant à la décision de recours, aux pouvoirs de crise, mais lui impose une double limitation quant à leur usage.

Aucune condition de fond n'est mise au déclenchement, par un décret, de l'état d'urgence ou de l'état de siège : le Président n'est assujéti qu'à la simple obligation de consulter préalablement le Président de l'Assemblée et le Président de la Cour suprême. L'appréciation du chef de l'État est discrétionnaire.

La mise en œuvre des pouvoirs de crise aboutit à concentrer entre les mains présidentielles toutes les compétences législatives et réglementaires à partir du moment où il prend, par ordonnance "toute mesure nécessaire à la défense de l'intégrité du territoire et au rétablissement ou au maintien de l'ordre public" (art. 74).

La Constitution assigne cependant deux limites à l'emploi des pouvoirs exceptionnels :

- une barrière temporelle : douze jours, à moins que l'Assemblée (qui se réunit de plein droit et ne peut être dissoute) saisie par le Président n'autorise la prorogation pour un délai qu'elle fixe.
- les ordonnances prises, au titre des pouvoirs de crise, cessent d'être en vigueur à la fin de l'état d'urgence ou de l'état de siège.

### • Le droit de dissolution

Le chef de l'État dispose d'un moyen de coercition éventuelle à l'encontre du Parlement : la dissolution. Mais son usage est enfermé dans des conditions précises qui réduisent la liberté de manœuvre présidentielle.

\* La dissolution ne peut être prononcée avant la troisième année de la législature ; délai qui assure deux ans de sécurité à l'Assemblée.

\* La dissolution ne peut intervenir qu'en cas de désaccord persistant avec l'Assemblée sur des questions fondamentales (concept flou) et après consultation de son Président. Au surplus, la dissolution crée un risque pour le chef de l'État : si les élections qui doivent se dérouler - dans les 60 Jours - renvoient à l'Assemblée une majorité de députés favorables à la position adoptée par l'ancienne majorité parlementaire qui a provoqué la dissolution, le Président doit démissionner (art. 76). Le peuple ayant tranché le conflit Chef de l'État - Assemblée au détriment du premier, celui-ci doit s'en aller. Ce qui ne lui interdit pas d'être éventuellement candidat à sa succession lors de l'élection présidentielle (sauf s'il se trouve en cours de deuxième mandat).

La Loi fondamentale Guinéenne alloue donc des pouvoirs fort étendus au chef de l'État, mais elle néglige les prérogatives du Parlement, réduit à une simple chambre d'enregistrement.

## 2 - La minorisation du Parlement

Le Parlement est monocaméral. Les députés composant l'Assemblée nationale sont élus pour 5 ans au suffrage universel direct (art. 47). L'article 48 signale que "nul ne peut être candidat s'il n'est présenté par un parti légalement constitué". Les modalités de recrutement sont différenciées : - un tiers des députés est désigné au scrutin uninominal majoritaire à un tour dans des circonscriptions - deux tiers sont élus au scrutin de liste nationale, à la représentation proportionnelle au plus fort reste. La Cour suprême veille à la régularité de la campagne électorale et des élections ; elle juge les éventuelles contestations.

L'Assemblée nationale tient de plein droit deux sessions par an, dont la date et la durée sont fixées par l'article 55. Au total, elle ne siège que trois mois par an, ce qui manifeste avec clarté la place subalterne qu'elle occupe dans le nouveau système constitutionnel Guinéen. Toutefois l'Assemblée nationale peut être réunie en session extraordinaire à l'initiative soit du chef de l'État soit de la majorité de ses membres pour une période limitée ne dépassant pas quinze jours.

L'Assemblée, lorsqu'elle siège, est réduite à un simple rôle de figuration de fait de la restriction de son pouvoir législatif, qu'elle peut d'ailleurs déléguer, de la limitation de son pouvoir financier et de la faiblesse des moyens de contrôle sur l'action du Président.

### *A - La restriction du domaine législatif*

Alors que la Constitution de 1958 posait le principe de l'illimitation du domaine de la loi, la Loi fondamentale de 1990 stipule que si l'Assemblée nationale vote la loi, elle n'a pas la possibilité de légiférer dans n'importe quelle matière. Ses compétences sont considérablement restreintes selon des procédés déjà utilisés par la Constitution française de la V<sup>e</sup> République.

La Loi fondamentale reprend en effet la distinction d'un domaine législatif hors duquel l'Assemblée ne peut intervenir et d'un domaine réglementaire d'initiative présidentielle (art. 59 et 60) (29). Ces limitations du domaine législatif entraînent en contrepartie une extension considérable du rôle du Président qui devient le principal créateur de normes (30). Cela lui confère une prééminence supplémentaire.

De surcroît le Président dispose de moyens efficaces pour empêcher toute tentative du Parlement de légiférer hors de son domaine. La répartition des matières entre le domaine de la loi et celui du règlement est un secteur où peuvent surgir très facilement des conflits entre le Président et l'Assemblée. Aussi la Loi fondamentale a-t-elle prévu les moyens juridiques de sauvegarder les attributions du Président en sanctionnant les empiétements de l'Assemblée dans le domaine de l'article 60. Le chef de l'État dispose de trois moyens lui permettant de revendiquer une affaire qu'il estime hors du domaine législatif :

- au cours de la discussion de la loi, le Président peut opposer (par le truchement d'un ministre) l'irrecevabilité. En cas de désaccord entre l'Assemblée (et non son président) et le chef de l'État, il appartient à la Cour suprême de se prononcer sur la recevabilité dans un délai de huit jours (art. 69 et 70).

- dans le délai fixé pour la promulgation d'une loi votée, le Président peut saisir la Cour suprême d'une requête tendant à faire déclarer l'inconstitutionnalité de la loi.

- enfin, une fois la loi promulguée, le Président peut à tout moment demander à la Cour suprême de déclarer que tout ou partie de la loi relève en réalité du domaine réglementaire. Si la Cour suprême donne satisfaction à cette requête, le texte en question pourra être modifié par décret (art. 60).

### *B - La délégation de compétence législative*

La Loi fondamentale consacre, dans son article 66, le droit pour le Président d'intervenir temporairement par voie d'ordonnance dans des matières qui relèvent normalement de la loi. Il s'agit là d'un procédé auquel la Constitution de la V<sup>e</sup> République a donné ses lettres de noblesse. La compétence du Président découle d'une habilitation expresse et temporaire du Parlement qui se voit interdire de légiférer dans les matières ayant fait l'objet d'une délégation.

On relève à cet égard, que la Loi fondamentale constitutionnalise, de manière tout à fait surprenante, dans son article 66, la jurisprudence du Conseil constitutionnel français en vertu de laquelle une loi d'habilitation ne permet aucunement l'intervention d'ordonnances dans des matières que la constitution a réservé à la loi organique (n° 81-134 DC du 5 janvier 1982, Rec. p. 15).

(29) L'art. 59 prévoit outre les lois ordinaires, l'existence de lois de programmes déterminant par secteur les objectifs de l'action économique et sociale de l'État - des lois de plan fixant les orientations pluriannuelles du développement de la nation et des engagements de l'État - des lois de finances annuelles. L'article 67, quant à lui prévoit que les lois organiques sont votées à la majorité des deux tiers des membres de l'Assemblée et soumises obligatoirement par le Président de la République au contrôle de conformité à la Constitution de la Cour suprême. En bref on retrouve là toute la panoplie législative de la V<sup>e</sup> République.

(30) La Loi fondamentale pousse le souci d'imitation jusqu'à reprendre l'inutile distinction entre les matières dont le parlement fixe les règles et celles dont il détermine seulement les principes fondamentaux. Et cela alors que les rédacteurs de la Loi fondamentale semblent manifestement bien connaître la jurisprudence du Conseil constitutionnel.

### *C - La restriction du pouvoir financier*

Les pouvoirs financiers de l'Assemblée sont l'objet de nombreuses limitations tant dans le domaine législatif ordinaire que dans le domaine budgétaire.

— Le pouvoir financier des députés est limité par les dispositions de l'article 69 al. 3 stipulant que les propositions de loi et les amendements sont irrecevables lorsque leur adoption entraînerait soit une diminution des recettes publiques, soit un accroissement des charges publiques à moins que ne soient prévues des recettes compensatrices.

— Si l'Assemblée vote le budget préparé par le Président, son pouvoir de décision peut se trouver restreint. La Loi fondamentale lui impartit un délai de 60 jours pour l'adoption (art. 61). Passé ce délai des mesures autoritaires sont prévues pour mettre le budget en vigueur : soit le Président est habilité par l'Assemblée nationale à reconduire par décret le budget de fonctionnement de l'année précédente et à percevoir les impôts ; soit le retard entraîne le dessaisissement pur et simple : le budget peut être mis en vigueur par simple décret compte tenu des amendements votés par l'Assemblée et acceptés par le Président.

### *D - La faiblesse des pouvoirs de contrôle*

Le contrôle de l'Assemblée nationale sur l'action présidentielle se réduit à la mise en œuvre des moyens traditionnels d'information parlementaire, à savoir :

- les explications fournies par les ministres qui peuvent être entendus à tout moment par l'Assemblée et par ses commissions (art. 72).
- les questions écrites et les questions orales avec ou sans débat posées aux ministres qui sont tenus d'y répondre (art. 73). Une séance par semaine, durant les sessions, est consacrée aux questions orales.
- les commissions d'enquête : l'article 73 al. 3 prévoit que l'Assemblée peut créer en son sein des commissions d'enquête, laissant à son règlement intérieur le soin d'en déterminer les pouvoirs.

On le voit, la compétence de l'Assemblée nationale est réduite au strict minimum. Le déséquilibre au profit du chef de l'État est manifeste.

Au demeurant, la Loi fondamentale met en place un contrôle de type juridictionnel pour protéger le Parlement contre les empiétements du Président et également protéger les citoyens contre les atteintes à leurs droits et libertés fondamentaux par le législateur. En un mot soumettre l'État au droit.

## II - L'ADHÉSION À L'ÉTAT DE DROIT

L'État de droit est aujourd'hui une expression à la mode. Il fait partie de la profession de foi sans laquelle il n'est pas un minimum de respectabilité internationale. Quel pays ne s'en réclame pas, n'inscrit pas sa réalisation au nombre des fins qu'il s'assigne (31). Lorsque Gorbatchev entend, après quarante ans de guerre froide, marquer une rupture irrémédiable avec les éléments du totalitarisme poststalinienn, il affirme - lors de la XIX conférence du P.C. de l'URSS tenue en juin 1988 - sa volonté "d'aboutir à la formation d'un État socialiste de droit" (32). L'attrait de l'État

(31) Léo Hamon peut écrire "Il en est désormais de l'État de droit comme de la souveraineté populaire, de la démocratie, des droits de l'homme, qui font partie de la profession de foi sans laquelle il n'est pas pour les gouvernants un minimum de respectabilité internationale" in "l'État de droit et son essence", *Revue française de droit constitutionnel*, n° 4, 1990.

(32) Cf. Problèmes politiques et sociaux, n° 597 9 décembre 1988 M. Lesage, "L'URSS vers un État de droit", p. 9.

de droit libéral est particulièrement grand pour les pays qui viennent de se libérer d'une dictature. Il est à l'ordre du jour dans les pays de l'Europe de l'Est d'opérer une transition vers la démocratie libérale ; instaurer l'État de droit c'est, à leurs yeux, rendre irréversible la rupture avec la dictature communiste totalitaire (33).

Cette mode ne cesse de gagner du terrain dans le tiers monde où l'on admet de plus en plus que l'État moderne devrait être un État de droit. Dans plusieurs pays, notamment après le renversement d'une dictature, le nouveau régime n'a pas manqué de proclamer son intention d'établir un État de droit. En Argentine, le Président Alfonsín déclarait ainsi le 10 décembre 1983, jour de son investiture qu'il était décidé à "instaurer définitivement... un État de droit" (34). Cet idéal jusque là principalement occidental est repris en compte par les États africains eux-mêmes. Le préambule de la Constitution de la République centrafricaine du 21 novembre 1986 affirme ainsi que "le peuple centrafricain manifeste sa ferme volonté de développer un État de droit". À son tour, le peuple guinéen, dans le préambule de la loi fondamentale réaffirme (!!) "sa volonté de réaliser... un État fondé sur la primauté du droit et le respect de la loi démocratiquement établie" (35). À cette fin la Constitution consacre à la fois l'existence de libertés et droits fondamentaux de l'homme et des mécanismes juridiques qui en assurent le respect par l'État.

### 1 - La reconnaissance constitutionnelle des droits et libertés fondamentaux

La Loi fondamentale, avant d'énumérer les droits et les libertés reconnus aux citoyens Guinéens, fait référence dans son préambule à la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948 et à la Charte africaine des droits de l'homme et des droits des peuples de 1981 (36).

Non content d'affirmer leur adhésion en bloc à ces deux déclarations, le constituant Guinée a, en outre jugé indispensable d'énoncer un certain nombre de droits civils, politiques, économiques et sociaux qui traduisent de manière explicite l'adhésion à la démocratie occidentale et à l'humanisme libéral qui l'inspire. Selon l'article 5, la personne et la dignité de l'homme sont sacrés ; l'État a le devoir de les respecter et de les protéger. Après avoir affirmé que l'homme a droit au libre développement de sa personnalité, et le droit à la vie et à l'intégrité physique, l'article 6 ajoute que "nul ne peut être l'objet de tortures, de peines et de traitements cruels, inhumains ou dégradants", manifestant par là la volonté de mettre fin à certaines pratiques devenues coutumières sous le régime sanguinaire de Sekou Touré.

L'énoncé des droits fondamentaux porte sur des droits individuels et sur des droits collectifs. Comme dans beaucoup de constitutions d'États nouveaux, l'énumération des droits est équilibrée par l'affirmation des devoirs.

(33) Cf. B. Farago, "Réformes politiques et possibilités de transition vers l'État de droit", in P. Gremion - P. Hassner, *Venis d'Est vers l'Europe des États de droit ?*, P.U.F. Paris 1990, p. 97-114.

(34) *Le Monde* 15/12/1983.

(35) Dès les débuts de la 1ère République Guinéenne, Sekou Touré et l'équipe dirigeante avaient affirmé "ne pas vouloir s'empêtrer dans leur propre légalité ni se laisser étouffer par leurs propres lois" cité in B. Charles, *La République de Guinée* op. cit., p. 21.

(36) La Loi fondamentale Guinéenne intègre les droits culturels, ainsi que des devoirs de solidarité au sein de la famille, et l'obligation d'assistance des enfants à leurs parents âgés. Droits et obligations expressément énoncés par les articles 17, 18, 22 et 29 de la Charte Africaine des droits de l'homme. Bien qu'elle n'y fasse pas référence la Loi fondamentale Guinéenne a subi l'influence du Pacte international relatif aux droits civils et politiques et au Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels du 16 décembre 1966.

### *a - Les droits individuels*

— Dans l'ensemble des droits et libertés que la Loi fondamentale s'attache à garantir, le principe fondamental du droit à l'égalité est reconnu dès le préambule. L'égalité qui est une égalité devant la loi est réaffirmée à plusieurs reprises (art. 13 - art. 8 - art. 18) ainsi que son corollaire l'interdiction de toute discrimination. La Constitution proscrie en effet toute discrimination qui serait basée sur l'origine, la race, l'ethnie, le sexe, la langue, les croyances et les opinions philosophiques, politiques ou religieuses.

— Après l'égalité, la liberté est également considérée comme fondamentale. De là découle un certain nombre de libertés particulières :

— La liberté physique de la personne : la sûreté est la première et la plus fondamentale des libertés, parce que c'est d'une certaine manière la condition même de l'exercice de toutes les autres. Divers principes énoncés, sont directement liés à cette liberté : l'interdiction des arrestations et détentions arbitraires, le droit à un procès juste et équitable, le principe de proportionnalité des peines.

— La liberté d'aller et de venir (art. 10) - l'inviolabilité du domicile (art. 12) - le droit à la protection de la vie privée (art. 12).

— La liberté religieuse : après avoir souligné que la Guinée est une République laïque qui respecte toutes les croyances (art. 1er), la Constitution affirme la liberté religieuse (art. 7) et détermine dans son article les rapports entre l'État et les institutions et communautés religieuses (art. 14). Celles-ci s'administrent librement et ne sont pas soumises à la tutelle de l'État. Néanmoins, de façon ambiguë, l'article 21 après avoir posé le principe que "l'État assure l'enseignement de la jeunesse" dispose qu'il garantit "la liberté de l'enseignement et contrôle les écoles privées".

— La liberté de communication (art. 7)

— Quant au droit de propriété garanti par l'article 13, sa nature n'est pas indiquée. Or on sait qu'en Afrique, le sol souvent ne fait pas l'objet d'une appropriation privée. Dès lors la garantie concerne-t-elle la propriété privée, la propriété communautaire, ou les deux à la fois ? Au demeurant ce droit n'est pas absolu ; l'expropriation est possible. Il peut y être porté atteinte dans l'intérêt légalement constaté de tous et sous réserve d'une juste et préalable indemnité.

La Loi fondamentale de 1990 reconnaît tous les droits et libertés individuels traditionnels, elle consacre également des droits collectifs.

### *b - Les droits collectifs*

Outre la liberté d'association et de manifestation (art. 10), les droits économiques, sociaux et culturels ne sont pas négligés : la liberté syndicale et le droit de grève, le droit au travail et le droit à la participation (art. 18), le droit à la santé et au bien être physique (art. 15).

Puisant dans le patrimoine culturel africain, la loi fondamentale consacre les droits et obligations réciproques des parents et des enfants : "les parents ont le droit et le devoir d'assurer l'éducation et la santé physique et morale de leurs enfants. Les enfants doivent soin et assistance à leurs parents" (art. 16).

Le texte accorde une protection spéciale à certaines personnes : la jeunesse doit être protégée contre l'exploitation et l'abandon moral ; et les personnes âgées et handicapées doivent bénéficier de l'assurance et de la protection de la société (art. 17).

Autre singularité, due à l'influence du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels de 1966, les droits de l'homme sont associés à ceux du peuple guinéen (art. 19), lequel détermine librement et souverainement ses

institutions, son organisation économique et sociale, possède un droit imprescriptible sur les richesses nationales, et a droit à la préservation de son patrimoine, de sa culture et de son environnement.

### *c - Les devoirs*

Comme beaucoup de constitutions africaines, la Loi fondamentale de Guinée a tenu à faire une place aux devoirs : ceux de l'individu et ceux de l'État.

— Le citoyen guinéen n'a pas que des créances sur la collectivité nationale, il a aussi des obligations énumérées par l'article 20. Chaque citoyen a le devoir de se conformer à la Loi fondamentale, aux lois et aux règlements - de participer aux élections - de promouvoir les valeurs de la démocratie - d'être loyal envers la nation - de contribuer dans la mesure de ses moyens à l'impôt - de défendre la patrie. Plus novatrice et incantatoire apparaît l'obligation pour les titulaires d'un emploi ou d'une fonction publique, de respecter le principe de neutralité du service public, et de n'user de leurs fonctions que dans l'intérêt général (art. 23).

— On sait que les droits économiques, sociaux et culturels ne sont en définitive que des créances que l'individu peut faire valoir contre l'État et que ce dernier a le devoir d'honorer. Ainsi la Constitution incite-t-elle l'État à assurer : - la promotion des cultures et des langues du peuple de Guinée (art. 1er) ; celle de la santé et du bien être des citoyens (art. 15 et 21) - la protection du mariage et de la famille (art. 16) - la création des conditions nécessaires à l'exercice du droit au travail (art. 18) - la sécurité et le maintien de l'ordre (art. 21) - l'enseignement de la jeunesse - le pluralisme des opinions et les sources d'information - la continuité des services publics (art. 21). Il doit enfin favoriser l'unité de la nation.

Mais l'État de droit ne se réduit pas seulement à la consécration des droits de l'homme ; il n'est qu'une coquille vide s'il ne vise pas aussi à en assurer le respect. La Constitution affirme certes que "la loi garantit à tous l'exercice des droits et libertés fondamentaux" (art. 22) et qu'il appartient au législateur en vertu de sa compétence prévue à l'article 59 de déterminer les garanties de ces droits et libertés. Toutefois, elle ajoute aussitôt que les nécessités du maintien de l'ordre public et de la démocratie sont autant de motifs (fort imprécis...) pour la loi d'intervenir en vue de remettre en cause ces droits et libertés jugés mal utilisés.

La volonté affichée par le constituant guinéen de sauvegarder le respect des droits et libertés fondamentaux l'a donc amené à créer des mécanismes juridiques destinés à assurer la soumission de l'État au droit.

## **2 - La protection constitutionnelle des droits et libertés fondamentaux**

L'État de droit ne pourra faire ses preuves que si les citoyens eux-mêmes disposent de voies de recours qui leurs sont ouvertes contre les atteintes à la règle de droit. L'accès à la justice est un élément essentiel. L'article 9 al. 1er, à cette fin, dispose que "tous ont le droit imprescriptible de s'adresser au juge pour faire valoir leurs droits face à l'État et à ses préposés". Mais pour que ce droit devienne effectif encore faut-il que l'appareil judiciaire bénéficie, dans ses relations avec le pouvoir politique, de ce qui est essentiel dans la tradition libérale : l'indépendance du juge. Adhérer à l'État de droit implique aussi de soumettre l'État, c'est-à-dire le législateur, le gouvernement et l'administration à un contrôle juridictionnel. La Loi fondamentale de 1990 affirme l'indépendance du juge par rapport au pouvoir et met en place des mécanismes de contrôle de l'action de l'État.

*a - L'indépendance du pouvoir judiciaire*

La Loi fondamentale consacre son titre VIII au "pouvoir judiciaire" et son article 80, rompant avec l'ancien régime, proclame que "le pouvoir judiciaire est indépendant du pouvoir exécutif et législatif. Il est exercé exclusivement par les cours et les tribunaux. Le pouvoir judiciaire devient une pièce maîtresse du système juridique et la garantie de la primauté du droit contre la puissance étatique. L'idée de magistrats formant un pouvoir est une idée neuve en Guinée ; la séparation des pouvoirs s'installe dans un pays qui l'avait jusqu'alors rejetée. Dans un État qui avait opté en faveur d'une orientation socialiste et révolutionnaire, la séparation des pouvoirs était sacrifiée au principe de l'unité du pouvoir d'État, et la justice "engagée" devait obéir aux impératifs de la révolution socialiste ; elle était un instrument servant à réprimer les citoyens exprimant des vues différentes de celles du pouvoir (37). Dans ces conditions, écrit, S. Sylla "compte tenu de toutes ces données, aucun citoyen ne pouvait s'en remettre à la justice pour la défense de ses droits. Il valait mieux chercher un protecteur bien placé dans le régime politique" (38).

Dorénavant, en vertu de l'article 81 "les magistrats ne sont soumis dans l'exercice de leurs fonctions qu'à l'autorité de la loi". Que le juge n'obéisse plus qu'à la loi constitue à l'évidence un progrès de l'État de droit.

Toutefois la Constitution de 1990 révèle un certain nombre d'ambiguïtés en ce qui concerne cette indépendance affirmée du pouvoir judiciaire. D'une part les magistrats du siège sont inamovibles dans les conditions déterminées par la loi (le statut, la carrière et les garanties d'indépendance étant fixées par le législateur organique) (art. 81). D'autre part les magistrats du siège sont nommés par le Président de la République après avis du Conseil supérieur de la magistrature. Au surplus le chef de l'État le préside lorsqu'il siège en formation disciplinaire (art. 82 al. 2). C'est justement là que l'indépendance de la justice peut se trouver mise en cause, si le Conseil supérieur de la magistrature n'a pas une autorité suffisante pour être autre chose qu'un instrument entre les mains du chef de l'État qui le préside et qui en nommera probablement les membres (l'article 82 indiquant que sa composition et son fonctionnement sont fixés par la loi organique).

Relevons que dès 1984, les militaires guinéens au pouvoir, ont entrepris la construction d'un appareil judiciaire et remis la justice entre les mains de magistrats (ordonnances de 1984 et 1986) ; mais ils se heurtent aux difficultés de recrutement de magistrats compétents et intégrés en nombre suffisant (39).

(37) L'idéologie du P.D.G. récusait l'idée que l'État doit être soumis à un contrôle juridictionnel, soutenait que le pouvoir doit être monolithique en application d'une conception absolutiste de la souveraineté populaire. La subordination de la justice était officiellement consacrée par la constitution de 1982. L'article 86 disposait que "les juges sont élus par les instances du parti à tous les échelons". L'article 84 indiquait que "les juges n'obéissent qu'à la morale révolutionnaire et à la loi". La justice devait dans tous les cas s'exercer dans un sens conforme aux options révolutionnaires du pays. Ce qui comptait, ce n'était pas la régularité de l'acte, mais sa conformité aux buts assignés à l'action révolutionnaire (Cf. Sekou Touré oeuvres choisies tome 21, p. 306, Imprimerie Nationale Conakry S.d). De surcroît enfin, le chef de l'État, secrétaire général du parti, responsable suprême de la Révolution disposait, au titre de l'article 49 du "droit de grâce, du droit de remise totale ou partielle de toute peine ainsi que du droit d'effacer les conséquences de toute nature des peines prononcées par toute juridiction". S. Sylla rapporte - dans une étude intitulée "Destruction et reconstruction d'un appareil judiciaire : le cas de la Guinée" in *Afrique contemporaine* n° 156 1990 - que l'on a assisté à la création des juridictions populaires qui sont devenues les juridictions de droit commun, que ces tribunaux n'étaient pas composés de magistrats professionnels, que la grande majorité des personnes choisies en raison de leurs fonctions politiques ou administratives n'avaient généralement aucune connaissance juridique.

(38) S. Sylla, art. cité.

(39) S. Sylla, art. cité.

*b - Les mécanismes de contrôle de l'action de l'État*

Avec l'État de droit non seulement l'administration ne peut agir qu'en vertu de l'habilitation législative, mais encore le législateur lui-même ne peut décider que dans la conformité aux règles de droit supérieures, en l'espèce aux droits et libertés fondamentaux reconnus par la Constitution.

La Loi fondamentale de 1990 innove encore sur ce point : elle établit une hiérarchie des normes juridiques et elle crée un contrôle juridictionnel de légalité et de constitutionnalité.

La hiérarchie des normes juridiques :

La Constitution instaure une hiérarchie des normes - exigence commune à tout État de droit - et indispensable à la mise en place d'un contrôle de constitutionnalité. Celui-ci ne se conçoit, en effet, que dans les régimes où la hiérarchie juridique entre la Constitution et la loi est nettement marquée. La suprématie de la Constitution de 1990 est affirmée et la hiérarchie s'ordonne comme suit : la Loi fondamentale, le traité international, la loi organique, la loi ordinaire, le règlement. Des mécanismes prévus par la Constitution permettent d'assurer le respect de cette hiérarchie des normes. La Constitution de 1982, quant à elle, rejetait toute idée de contrôle car en adoptant le langage de la révolution et du socialisme elle allouait à la norme juridique un caractère relatif, le droit se caractérisant par son but et non pas par son essence formelle.

Le contrôle juridictionnel de légalité et de constitutionnalité.

La Loi fondamentale de 1990, à l'instar de ses homologues de nombreux États africains crée une juridiction spécifique : la Cour suprême, (dont la composition, le statut, les incompatibilités et les garanties d'indépendance sont fixées par une loi organique) (art 84). En l'espèce, l'existence a précédé l'essence, puisque une ordonnance de 1984 a créé une cour suprême composée de quatre chambres (chambre constitutionnelle, chambre administrative, chambre judiciaire et chambre des comptes) (40).

Trois procédures semblent devoir assurer la garantie du respect des droits et libertés fondamentaux par l'État.

1) La première, consacrée par l'article 83 al. 2 confirme la Cour suprême dans sa fonction constitutionnelle de contrôle de la légalité et notamment de juge des recours pour excès de pouvoir. "Elle conçoit en premier et dernier ressort des recours formés contre les actes du Président de la République en application des articles 38 (décret d'application des lois) 60 (règlements autonomes) et 74 (ordonnances prises en application de l'état de siège et de l'état d'urgence), ainsi que des recours formés contre les ordonnances prises en vertu de l'article 66, sous réserve de leur ratification.

2) La seconde unie à la précédente tend à lui donner la plus large portée possible, en ouvrant la voie du recours en cassation contre tout jugement prononcé en dernier ressort.

3) La troisième, enfin, assure la possibilité de censurer les lois votées par les élus du peuple souverain et de l'infirmier si elles sont contraires aux droits de l'homme énoncés dans la Constitution. La Cour suprême - en l'espèce sa chambre constitutionnelle - outre qu'elle se voit conférer des attributions politiques importantes (statuer sur la régularité des élections nationales, l'éligibilité des parlementaires, la régularité des opérations référendaires) exerce un contrôle de constitutionnalité des normes, largement inspiré de celui du Conseil constitutionnel français.

(40) S. Sylla, art. cité.

— Un contrôle obligatoire sur les textes les plus importants : - les lois organiques (le règlement intérieur de l'Assemblée nationale est fixé par une loi organique) (art. 67) - et sur les textes les plus dangereux pour les libertés et les droits fondamentaux : le projet ou la proposition de loi référendaire est soumis au contrôle préalable de la Cour suprême ; le référendum ne peut avoir lieu en cas de non conformité à la Constitution (art. 45).

— Un contrôle facultatif pour les lois ordinaires et les traités internationaux.

— Une disposition (art. 64) inspirée de la révision constitutionnelle française de 1974, prévoit la saisine facultative par le chef de l'État ou par 1/10 des députés (donc par une éventuelle opposition), d'une loi dans les huit jours qui suivent son adoption. L'intervention de la Cour suprême paralyse la promulgation de la loi (pour une durée d'un mois maximum, réduite à huit jours en cas d'urgence). Une disposition d'une loi déclarée non conforme à la Loi fondamentale ne peut être promulguée. Le contrôle ne peut s'exercer qu'avant la promulgation de la loi, la Constitution n'ayant pas prévu d'exception d'inconstitutionnalité.

On rapprochera de cette attribution celle qui consiste à vérifier, en cas de contestation, le caractère législatif ou réglementaire d'une proposition de loi ou d'un amendement déposé par un député (par ailleurs lorsqu'une loi empiète sur le domaine réservé au règlement, la Cour suprême saisie, autorise le Président de la République à la modifier ou à l'abroger par décret) (art. 60).

— La ratification des traités internationaux est soumise à l'autorisation du législateur. La conformité à la constitution d'un traité peut être contestée non seulement sur le fondement de l'article 78 al. 1 (par le chef de l'État ou par un député) ; mais aussi à travers la mise en cause, en application de l'article 78 al. 2, de la constitutionnalité d'une loi en autorisant la ratification. On ne peut manquer de relever dans cette dernière disposition la surprenante transposition par le constituant Guinéen de la jurisprudence du Conseil constitutionnel français (76-71 DC 30 Déc. 1976, Rec., p. 15). Ce contrôle juridictionnel, en définitive, s'avérera - si la Cour suprême réussit à asseoir son indépendance - un élément important de la libéralisation du régime politique Guinéen, car il se substitue au contrôle politique exercé par les organes dirigeant du parti et de l'État.

Cette constitution sera-t-elle appliquée ? La transition vers l'État de droit aura-t-elle lieu en Guinée ? Ce sont des questions auxquelles on ne saurait répondre positivement sans faire preuve d'un optimisme de principe.

La Loi fondamentale préparée par les dirigeants du régime militaire prévoit des dispositions transitoires (Titre XII) ; le nouveau régime constitutionnel ne pourra s'appliquer pleinement que dans un délai maximum de cinq ans à compter de son adoption (41). Dans cette période transitoire, le statut militaire reste en vigueur. Le C.M.R.N. est simplement remplacé par le Conseil Transitoire de Redressement National (C.T.R.N.), investi du pouvoir législatif (art. 93), et ayant compétence pour prendre "toutes les mesures qu'il juge nécessaires à la vie de la nation, à la protection des citoyens ou à la sauvegarde des libertés" (art. 95).

---

(41) Les élections du Président de la République et de l'Assemblée nationale se dérouleront avant l'échéance d'une période transitoire n'excédant pas cinq ans à compter de l'adoption de la présente Loi fondamentale (art. 92). Les dispositions relatives au multipartisme (article 3) entreront en vigueur un an avant la date fixée pour les élections. Leur nombre sera provisoirement limité à deux (art. 95).

- Les dispositions relatives à la Cour suprême et au Conseil supérieur de la magistrature entreront en vigueur à l'installation de ces institutions aux dates fixées par le C.T.R.N., et en tout état de cause, avant la fin de la période transitoire (art. 95).

- Les autres dispositions de la constitution, enfin, entreront en vigueur un an à compter de l'adoption de la Loi fondamentale, c'est-à-dire dès le 23 décembre 1992.

Au surplus si l'opinion publique s'est fortement éloignée du modèle totalitaire, les structures et le personnel administratif ont encore très peu changé. Notamment les cadres sont des hommes ayant appartenu au P.D.G. dont la carrière est due davantage à leur appartenance partisane qu'à leur compétence. Ces hommes qui détiennent encore d'importantes positions n'abandonneront pas la partie sans résistance.

— Les institutions d'un régime constitutionnel sont en gestation, mais les partis politiques capables de les faire fonctionner font encore largement défaut (42).

— La transition vers l'État de droit de type occidental risque également d'être perturbée si des désordres sociaux devaient se développer. Or la crise économique s'aggrave et les mesures d'ajustement structurel ne peuvent qu'accroître - en Guinée comme ailleurs en Afrique - les difficultés de la vie quotidienne qu'éprouvent un grand nombre de Guinéens.

Dans la mesure où la démocratie naissante n'aboutirait qu'à un régime politique troublé, impuissant et inefficace, la population pourrait se détourner d'un idéal démocratique qui n'est pas réellement ancré dans les mentalités.

---

(42) Cf. A. Cheneau-Loquay, art. cité.



R.R.J. 1992-2  
Pages 431 à 476

- III -

**PHILOSOPHIE ET MÉTHODOLOGIE  
DU DROIT**



# LA NOTION DE NON-DROIT

Par

Mélina DOUCHY

*Diplôme d'Études Approfondies de Droit Privé  
Chargée de travaux dirigés à la Faculté de Droit et de Science Politique  
d'Aix-Marseille*

*Devant l'autorité du maître,  
il eut été difficile de faire moins,  
nous aurions aimé faire plus*  
À M. le Professeur Alain SÉRIAUX

## SOMMAIRE

### **PARTIE 1 - DE L'HYPOTHÈSE À LA THÉORIE DU NON-DROIT**

#### **Chapitre 1 - Le non-droit : explication d'un phénomène**

Section 1 - L'hypothèse du droit

Section 2 - Le droit du non-droit

#### **Chapitre 2 - Le non-droit : une notion opératoire**

Section 1 - Un principe de politique juridique

Section 2 - Le pluralisme, pierre d'angle du désengagement juridique

### **PARTIE 2 - DE LA THÉORIE DU NON-DROIT À LA THÉORIE DE LA NON-LOI**

#### **Chapitre 1 - Premières réflexions sur le non-droit**

Section 1 - Du droit et du non-droit

Section 2 - Du droit et des autres normes de régulation

#### **Chapitre 2- Une théorie de la non-loi**

Section 1 - Un principe de politique législative

Section 2 - Une notion opératoire : le principe de subsidiarité

## INTRODUCTION

Le mot, contrairement à ce qu'affirme le nominalisme, n'est pas une convention, mais bien plus "une structure linguistique qui permet de rendre un objet perceptible à l'intelligence". Il traduit un concept, une idée présente dans ce qui est perçu et dans celui qui le perçoit, par un acte de l'intelligence liant la connaissance à la nature, aux principes -ce par quoi une chose est ce qu'elle est- des êtres et des choses. Toute notion, du latin *notio* : connaissance, est l'idée que l'on a d'une chose, mais toute chose n'offre pas l'avantage d'une perception immédiate par l'intelligence. Lorsqu'il s'agit de la notion de non-droit, la connaissance de l'objet ne peut se passer de démonstration.

Étudier le concept de non-droit, c'est faire œuvre de philosophe en ce qu'il y a étude d'un concept, c'est faire œuvre de juriste lorsque ce concept est le non-droit, c'est donc se placer sous les arcanes de la philosophie du droit. Or, "en se demandant pourquoi le droit est ce qu'il est, la philosophie du droit étudie le contenu du droit (...) la première caractéristique de l'objet de la philosophie du droit, c'est donc son extension, rien de ce qui est juridique ne peut être tenu pour nécessairement indifférent au philosophe du droit. La seconde caractéristique de cette discipline, c'est qu'elle envisage le droit le plus souvent et principalement dans son contenu. Il en résulte que les thèmes de philosophie du droit sont rarement très éloignés de la question des rapports entre la société et ceux qui font le droit" (1). Par suite, étudier le concept de non-droit, c'est aussi se placer sous les arcanes de la politique, au sens du gouvernement de la cité.

Réflexion juridique, réflexion politique, réflexions dont le caractère théorique pourrait être décrié, si l'on ne percevait derrière ce jeu apparemment intellectuel, un intérêt éminemment pratique, celui de la raison d'être de telle ou telle règle de droit, et plus généralement de l'ordonnement juridique tout entier. "La théorie affine les instruments juridiques, améliore la connaissance pratique, pose les fondements de la technique juridique". Théorie et pratique, deux ennemies inséparables ? L'analyse de Demolombe nous paraît plus adéquate en ce qu'elle préfère à la dualité une unité de présentation : "J'ai toujours déploré cette espèce de divorce que l'on remarque parfois entre la théorie et la pratique et ces dédains réciproques qu'elles se témoignent si mal à propos de part et d'autre... Comme si la théorie étrangère au progrès du temps et des mœurs, privée des enseignements de l'expérience, ne devait pas dégénérer bientôt en vaine spéculation ! Comme si la pratique sans méthode et sans règles, n'était pas autre chose à son tour qu'une pitoyable et dangereuse routine ! Rien donc n'est plus nécessaire et plus désirable que leur alliance pour conserver à la science du droit son caractère essentiel, pour la maintenir dans sa voie, pour la diriger enfin vers le but marqué à ses efforts, vers un but d'application utile, positive et pratique... *ad usum communis vitae* ; car tel est véritablement le droit, science active et militante, toujours en présence des faits qu'elle a pour mission de gouverner" (2).

Le non-droit est à la fois théorie et pratique. L'expression a été ignorée jusqu'à son utilisation par M. le doyen Carbonnier dans les réformes en droit de la famille de 1964 à 1975. Le non-droit, exposé en 1962 par M. le professeur Carbonnier lors d'un séminaire de philosophie du droit, présidé par Michel Villey, a eu l'effet d'une bombe, dans un contexte où les controverses doctrinales portant sur le droit s'accordaient toutes sur un point : la présence du droit, postulat tacite. Le non-droit, c'était poser en terme d'opportunité la présence même du droit, le mettre

(1) Christian Atias, *Épistémologie juridique*, coll. *Droit fondamental*, PUF, 1985, p. 63.

(2) "De la publication, des effets et de l'application des lois en général", éd. Durand-Hachette, 1854, p. 5.

en concurrence avec d'autres systèmes, remettre en question ce qui pour beaucoup, pour ne pas dire pour tous, était considéré comme un acquis dans la réflexion. C'est ainsi que la notion de non-droit relevant de l'ordre de la constatation -y a-t-il ou non absence de droit- est devenue théorie -doit-il y avoir ou non présence du droit ? Partant de cette articulation dans la réflexion, la notion de non-droit exige non seulement une étude de ce qu'est le droit, l'absence ne pouvant se concevoir que par rapport à la présence (3), mais aussi une étude de la fonction du droit.

Comprendre le non-droit, c'est comprendre la pensée de M. le professeur Carbonnier, sa conception du droit et par là ce qu'il appelle non-droit (Partie I). C'est aussi entrer dans la problématique de cet auteur qui pose le droit en terme d'opportunité et qui plus qu'une théorie du non-droit consiste à notre sens en une théorie de la non-loi (Partie II).

## **PARTIE 1 - DE L'HYPOTHÈSE À LA THÉORIE DU NON-DROIT**

Le non-droit est simultanément un phénomène (chapitre 1) et une théorie (Chapitre 2).

### **CHAPITRE 1 - LE NON-DROIT : EXPLICATION D'UN PHÉNOMÈNE**

Dénonçant les juristes dogmatiques et leur tendance au panjurisme (4), M. le professeur Carbonnier observe qu'en certains domaines le droit se retire, ce qui permet de poser l'hypothèse d'un non-droit (section 1) ; retrait du droit qui permet un autre phénomène, celui du droit du non-droit (section 2).

#### **Section 1 - L'hypothèse du non-droit**

Constatant le phénomène du non-droit (§ 1), M. le professeur Carbonnier s'est attaché à distinguer les différents processus de création du non-droit (§ 2).

##### *§ 1 - De l'existence du non-droit ...*

Définir un objet par référence à un autre objet, c'est déjà avoir pris position sur la nature de l'objet de référence. Lorsqu'il s'agit du non-droit (A) cela implique symétriquement une conception établie sur le droit (B).

##### *A - Appréhension du non-droit*

Trop souvent employé comme paradigme, le non-droit -un peu comme le sui generis- permet au juriste de tout résoudre sans rien expliquer. Plus qu'une élégance de style, le non-droit répond à des situations précises, toutes révélées par les mêmes paramètres, quoique relatives à des domaines diversifiés. C'est ce qu'il ressort de l'étude de 1963, exposé pédagogique en ce qu'il individualise l'objet de sa recherche - ce que le non-droit n'est pas- pour aboutir à ce qu'il est (5).

(3) M. Roblot, "Le non-droit : précautions introductives", XXXe Commission droit et vie des affaires, 1978, Liège.

(4) "L'hypothèse du non-droit", A.P.D. 1963, p. 55 : "Il y a dans le droit dogmatique, à la fois un idéal et un postulat de panjurisme. Une théorie comme l'universalité du droit de punir (en droit pénal international) trahit naïvement ce panjurisme foncier".

(5) Jean Carbonnier, "L'hypothèse du non-droit", A.P.D. 1963, p. 55.

Spécifique, le non-droit se distingue :

- de "l'anti-droit" qui est une manifestation positive et vise le droit injuste (ex : le droit hitlérien) ;
- du "sous-droit" ainsi qualifié parce qu'il n'émane pas d'une autorité étatique (ex : droit folklorique).
- du "non-contentieux", le droit étant vécu par la majorité
- de la "violation du droit" car le non-droit ne se définit pas comme quelque chose de contraire au droit. Il se peut que quelque chose de contraire au droit entre dans le phénomène du non-droit, non principalement mais accessoirement (6).

La négation "non" signifie tout au plus que nous ne nous trouvons pas dans un cas régi par le droit. Pourquoi dès lors que ces situations ne sont pas régies par le droit, se servir de celui-ci comme élément de référence pour les définir ? C'est qu'en toutes ces situations, il y a l'idée d'un intérêt théorique du recours au droit, partant déjà d'un présupposé sur ce dernier. Ceci permet de définir le non-droit comme : l'absence de droit dans un certain nombre de rapports humains où le droit aurait eu vocation théorique à être présent (7).

Le premier paramètre de détermination du non-droit se trouve donc dans le droit ; l'espace occupé par le non-droit aurait dû l'être par le droit, il y a transfert de compétence du droit au non-droit. C'est partir du postulat selon lequel cet espace relevait du droit, comme tend à l'exprimer l'emploi des termes : "vocation théorique". Pourquoi cette vocation théorique ? Parce que la présence du droit a pour légitimité cette "ubiquité divine" que les juristes dogmatiques lui reconnaissent. Cette légitimité repose sur la croyance d'un Droit incarnation de la justice. Personnification du droit qui permet de faire oublier qu'il n'est que le fruit d'un travail humain et par là-même imprégné de l'imperfection de la nature de l'homme. Fragile légitimité ! Que survienne l'étiollement des idéaux et voilà le droit qui apparaît dans sa nudité la plus complète comme un instrument, une technique, une réglementation des rapports humains où le critère de légitimité devient son utilité. Critère utilitaire justifiant le retrait du droit, ou tout au moins une baisse de la pression juridique lorsqu'il apparaît inapte à résoudre la situation envisagée. D'où le constat de M. le professeur Carbonnier : "l'essentiel dans l'hypothèse du non-droit est le mouvement du droit au non-droit, l'abandon par le droit d'un terrain qu'il occupait ou qu'il aurait été de sa compétence d'occuper" (8).

Le second paramètre de détermination du non-droit est dans la dynamique qui lui est propre. Cette dynamique consiste à appréhender le social dans sa multiplicité, appréhension qui nécessite une approche sociologique de la question. La sociologie se veut être une science positive des phénomènes sociaux. Caractère positif en ce que la sociologie se place à l'extérieur de l'objet étudié, gage d'objectivité. La sociologie juridique, qui a pour domaine d'intervention le droit, conclut à des retraits du droit, tendant à démontrer que si tout le juridique est social, tout le social n'est pas juridique (9). Affirmer l'existence du non-droit, c'est par conséquent avoir déjà "pré-jugé" du droit.

(6) Ibid., p. 60 : "Les phénomènes de violation du droit ne sont certainement pas des phénomènes de non-droit par le seul fait qu'ils violent le droit".

(7) Jean Carbonnier, "L'hypothèse du non-droit", A.P.D. 1963, p. 55.

(8) Ibid, p. 57.

(9) Ibid, p. 55 : "Elle (la sociologie) en vient ainsi à admettre que le droit n'emplit pas toute l'atmosphère humaine, qu'il y a, dans les sociétés, des vides de droit, et elle pose, au moins comme hypothèse, à côté du droit, le non-droit".

### *B - Présupposé sur le droit*

Dans la société, il y a du droit, mais il n'y a pas que du droit. Pour déterminer ce qui est droit de ce qui ne l'est pas, il est nécessaire de dégager le sens du mot droit.

Le droit, c'est d'abord le juridique. Il s'entend du droit "officiel". Quelles que soient les sources créatrices du droit, un point demeure : l'existence d'une autorité habilitée à dire d'une solution qu'elle est juridique. C'est un droit fondé sur un pouvoir, non pas désordonné, mais le pouvoir organisateur de l'ordre social conféré à l'autorité par l'habilitation. Dans ce cas, c'est dans l'autorité publique, dans la force étatique que le droit prend forme ; il est règle, loi, décision juridictionnelle. Il s'entend de toute règle institutionnalisée.

Étudier le droit, c'est par conséquent étudier ce qui est reconnu juridique. Ce qui est reconnu juridique dans sa création, dans son exécution, est caractérisé par deux constantes : la contrainte et la justiciabilité. La contrainte ne se confond pas avec la sanction, même si la sanction est une expression de la contrainte. La notion de contrainte se rapproche de la notion d'exécution forcée, l'idée d'une possible exécution "manu militari". Elle est inhérente à l'ordre juridique en ce qu'elle émane d'un pouvoir organisé pour régir les rapports des individus, des groupes dans la société. C'est une "violence" légalisée, légitimée par ses objectifs : la paix et la sécurité, ou de façon plus réaliste à notre sens, la coexistence et une moins grande insécurité. La contrainte est pouvoir d'imposer. La justiciabilité participe de cet équilibre recherché par la société, par le recours à l'instrument juridique par excellence que sont nos tribunaux ; par excellence puisqu'il a pour fonction, une fonction de juris-dictio (dire le droit). Le juge permet de régler les conflits sans que ceux-ci dégénèrent et perturbent le calme sociétair. Critère de la juridicité, la justiciabilité l'est en ce qu'elle revêt le vêtement étatique (le juge exerce les fonctions publiques de magistrature) et voit sa décision revêtue de la formule exécutoire, permettant par conséquent l'exécution forcée, expression de la contrainte.

Ces deux critères de la juridicité, ayant valeur opératoire pour dire ce qui est droit, projettent aussi une certaine image de ce qu'est le droit. Image esquissée en 1963 par M. le professeur Carbonnier, et qu'il formulera de façon explicite seize ans plus tard dans une analyse faite de la justiciabilité : "Dans le processus qui aboutit à la décision étatique, des facteurs tels le poids des précédents ou l'entrechoc des discussions, accroissent empiriquement les chances d'une solution raisonnable (par usure ou frottement) permettant à l'ensemble de la société une vie paisible et tranquille. La paix, cependant, n'est pas la justice. Si le droit peut bien être défini par le droit positif, le droit positif n'inclut, point la justice dans sa définition" (10). Par suite, le droit n'est pour cet auteur qu'un moyen de régulation sociale. L'un des éléments caractéristiques de cette régulation est la prudence politique. Elle consiste à peser les opportunités, à mettre en balance l'actif et le passif qui résulteraient d'une intervention du droit. Créé pour les hommes et par les hommes, le droit n'a d'autre valeur que celle qu'ils lui attribuent, à savoir une valeur instrumentale.

Pour autant, il ne s'agit pas d'un positivisme légaliste. Si M. le professeur Carbonnier, dans une formule lapidaire dont il a le secret, affirme "la loi récapitule le droit tout entier", cela ne l'empêche pas d'accorder une place importante au phénomène coutumier. La contradiction n'est qu'apparente. Il s'agit moins ici de la loi au sens de règle étatique, que de la loi au sens de règle ayant un pouvoir de contrainte, contrainte extérieure qui pèse sur la conscience de l'individu (11). Le

(10) "Il y a plus d'une définition dans la maison du droit", Définir le droit, t. 2, coll. "Droits", 1990, p. 7.

(11) "Ainsi, à l'intérieur des syndicats, des associations, des sociétés anonymes, il se crée du droit : c'est un droit spécial à des groupements particuliers, mais c'est du droit. Semblablement, les églises, les services publics, les établissements décentralisés peuvent avoir leurs droits particuliers qui sont des

droit, pour M. le professeur Carbonnier à ce qu'il semble s'entend alors d'un droit de la force, de règles qui toutes potentiellement ont un pouvoir d'imposer. Le droit est un instrument temporel, utile à un monde corrompu pour maintenir un ordre politique minimal et à pour axe la contrainte. La contrainte, ce peut être l'exécution forcée -recours à la force publique- ce peut être aussi la mise au ban de la société de l'individu qui n'a pas respecté la règle coutumière ou la règle du groupe. En définitive, le droit est l'épée de Damoclès suspendue au-dessus des individus. En 1963, le non-droit a été révélateur de la réalité du droit, de la fonction qu'il occupe.

## § 2 - ...à l'articulation des mécanismes du non-droit

Derrière l'hétérogénéité des situations où le droit se retire, se retrouvent des mécanismes de retrait identiques les uns voulus (A), les autres subis (B).

### A - Mécanismes volontaires

Le non-droit peut résulter d'un choix de la société (1) ou d'un choix de l'individu (2).

#### 1 - Choix de la société

L'ordre sociétairé doit assurer l'harmonie, trouver un équilibre entre les intérêts en présence et en outre se donner les moyens indispensables à sa survie. Le droit-contrainte a l'avantage d'instituer l'ordre indispensable à la vie en société. Pour autant, il n'est pas toujours à même d'assurer l'équilibre nécessaire pour l'instauration d'une paix sociale. En effet, si la menace du bâton a un effet dissuasif, "trop de coups de bâton appellent à plus ou moins long terme la révolte de celui qui les reçoit". Fort de cette évidence, à l'ordre à tout prix par des moyens coercitifs souvent prélude à un plus grand désordre, "le droit se limite lui-même et organise ce que l'on pourrait appeler des institutions juridiques de non-droit" (12). Afin d'éviter le risque d'auto-destruction, il aménage des espaces de non-droit -sortes de squares arborés, plus ou moins grands au sein de zones urbaines à forte densité de population- comme pour permettre à la société de respirer. Il y a alors "auto-limitation du droit" soit matérielle, soit intellectuelle (13). Ce mécanisme d'auto-limitation du droit repose sur un ajustement des rapports entre la société et les membres qui la composent.

L'auto-limitation matérielle du droit se réalise de façon ponctuelle à travers des lieux et des temps où le droit reste en suspens, l'emprise du droit-contrainte se fait moindre (14). Ainsi, au domicile, la pression juridique est plus faible que dans les lieux publics. "Chacun est maître chez soi". L'individu se voit conférer plus

---

droits infra-étatiques. Et, au-dessus de l'État, certaines organisations internationales (aujourd'hui l'ONU, les Communautés européennes) émettent aussi des règles de droit qui auront vocation à s'appliquer sur les différents territoires nationaux en concurrence avec les droits étatiques. Bref, il faut admettre comme une hypothèse fondamentale, que l'on n'a pas a priori affaire, sur un territoire donné, à un seul droit qui serait l'étatique, mais à une pluralité de droits concurrents étatiques, infra-étatiques, supra-étatiques". "Flexible droit", L.G.D.J., 7<sup>e</sup> éd. 1992, p. 17.

(12) Jean Carbonnier, "L'hypothèse du non-droit", A.P.D. 1963, p. 57.

(13) Ibid, p. 57 à 59.

(14) "Plus pur peut-être dans sa signification de non-droit, c'est enfin le phénomène du sommeil de la loi, jadis observé au Tonkin : pendant plusieurs jours, le grand socau de la justice demeurait enfermé dans un coffret, l'effigie en-dessous. Les tribunaux étaient clos, les crimes et les délits (sauf les crimes de sang) n'étaient plus poursuivis. C'était bien les vacances du droit, plus exactement c'était le droit qui de lui-même, se mettait en vacances, comme par l'obscur sentiment d'une nécessité psychothérapique", ibid, p. 59.

d'autonomie, plus de liberté de mouvement, le droit se fait plus discret, l'intimité des familles est préservée. Pareillement, nous trouvons des temps de non-droit. C'est d'abord le temps du sommeil (15) : "(-) la chambre criminelle cassa l'arrêt d'une cour d'assises, parce qu'il était avéré que l'un des jurés avait dormi, et dormi notamment pendant toute la durée de l'interrogatoire. Il résulte de ces constatations, déclare-t-elle, que l'un des jurés ayant pris part à la délibération n'avait pas réellement assisté à tous les débats. En effet, s'endormir, c'est partir un peu. S'endormir, c'est déposer le fardeau juridique. Le débiteur ne doit plus, le condamné ne subit plus la peine. Le Français rêve peut-être en français, mais il n'est plus Français. Les songes ont beau nous être donnés par la société, le sommeil nous est donné contre elle. L'homme qui dort est sorti de l'univers sur lequel le droit exerce son empire, il a refermé derrière lui le portail du non-droit. Parlons bas, tout de même". Dormir, c'est échapper pour un temps à la contrainte du droit. Autre illustration des temps de non-droit, l'interdiction d'expulser des locataires en hiver qui s'explique par des raisons d'humanité. Il s'agit bien de non-droit, le droit suspend la contrainte de la règle prévoyant expulsion pour non-paiement des loyers par exemple. Transparaît l'idée selon laquelle : "Les vacances du droit sont une nécessité de l'hygiène sociale" (16).

L'auto-limitation intellectuelle du droit est définie par M. le professeur Carbonnier comme : "Le régime juridique où la règle de droit présentant des lacunes et l'extension analogique étant interdite, certaines situations ne sont pas conceptuellement appréhendées par le droit (17)". En ce domaine, plus qu'un ajustement des rapports entre la société et l'individu, il y a choix arbitraire de l'État pour l'établissement de l'ordre des priorités devant gouverner à l'organisation sociale. La vérification entre notre propre comportement et le cadre sociétairé présume d'une certaine précision dont la vie sociale a besoin pour permettre à celle-ci d'être littéralement une "organisation" et ne pas courir à sa dissolution. Au sein du social se trouve le juridique, celui-ci a un domaine d'application précis, corollaire du caractère d'extériorité du droit qui implique des limites visibles. En effet, pour que la contrainte remplisse sa fonction préventive de dissuasion ou curative de répression, encore faut-il connaître les domaines qui sont siens. Ainsi, un comportement ne sera répréhensible qu'autant qu'il aura été visé par l'autorité publique comme tel, il s'agit du principe de la légalité des délits et des peines. Par ce principe, le droit pénal moderne s'est constitué de lui-même en un quadrillage, en un filet, où les vides comptent infiniment plus que les pleins. La maxime "Tout ce qui n'est pas défendu est permis" peut être traduite ici "Tout ce qui n'est pas expressément juridicisé est non-droit" (18). Il y a non seulement délimitation du juridique, mais aussi détermination politique des comportements jugés nuisibles à la paix sociale.

## 2 - Choix de l'individu

Cette situation vise deux attitudes, soit l'individu est réfractaire au droit, soit il est opposé à une solution de droit. Dans le premier cas, il y a prise de position idéologique. Le droit est caractérisé par la contrainte et toute manifestation du droit est en soi un amoindrissement de sa liberté d'action parce qu'elle veut lui imposer un ordre auquel lui-même n'adhère pas (ex : théorie marxiste visant au dépérissement de

(15) "Pas le sommeil léthargique, pas le sommeil hypnotique. Mais le sommeil normal, le bon sommeil naturel, bonteous nature's second service, comme l'a appelé Shakespeare (toutefois, n'est-ce pas plutôt le troisième service ? un tiers de la vie est sommeil)". Jean Carbonnier, Flexible droit, L.G.D.J., 7<sup>e</sup> éd. 1992, p. 55 et 59.

(16) "L'hypothèse du non-droit", A.P.D. 1963, p. 58.

(17) Ibid, p. 59.

(18) Ibid, p. 59.

l'État et du droit) et l'enfermer dans un carcan d'obligations, de valeurs, de principes qui ne sont pas siens (ex : mariage). "Leur choix (des individus) est très net, très structuré : ils refusent de s'engager dans la situation de droit, et ils se placent dans la situation de non-droit correspondante" (19). Ce choix, toutefois, n'est pas toujours une révolte contre le contenu même de l'ordre imposé. Il peut aussi être consécutif à une réaction épidermique à l'idée de devoir obéir à une contrainte extérieure. Ainsi, il est des concubinages que l'on peut qualifier de vie maritale, car concrètement les concubins vivent comme s'ils étaient époux, et connaissent les devoirs et les droits inhérents au mariage. Le droit-contrainte est alors pour eux une abdication de leur liberté individuelle ; par vie maritale, ils entendent souligner que les principes régulateurs de leur famille relèvent de leur conscience et non d'une puissance extérieure à laquelle ils se soumettent. Cette attitude n'a rien d'exceptionnel, l'homme, ayant rarement conscience de son indigence, place fréquemment son propre jugement au-dessus de tout et sa volonté au-dessus de toute autre volonté, sans pour autant s'entourer pour prendre sa décision de sages conseillers. Peut-être devrait-il se souvenir que "nul n'est bon juge de sa propre cause", il est des cas où cette allergie chronique à l'obéissance se solde par une solution proche de celle à laquelle aurait abouti l'obéissance. Il en est d'autres qui s'en distancent. Ainsi dans le choix pour le concubinage, la révolte contre le droit-contrainte est parfois moins destinée à recouvrer une autonomie de jugement, qu'un moyen de n'avoir pas à subir l'éventuelle sanction du non-respect des devoirs attachés au mariage. Le choix pour le concubinage répond plus à la seconde attitude. Elle consiste de façon très prosaïque à rejeter le droit dans certaines situations parce que le non-droit paraît mieux répondre aux intérêts immédiats de l'individu. Le concubinage permet de faire un "essai à deux", sans engagement pour l'avenir. S'il n'est pas prélude au mariage, il permet à chacun de reprendre sa liberté en évitant les formalités du divorce, les frais de procédure, et les éventuelles pensions alimentaires ou prestations compensatoires.

Dans ce second cas, la motivation de l'individu est d'opter pour les solutions qui servent le plus son intérêt, c'est-à-dire de choisir ça et là le non-droit ou le droit selon que le résultat escompté de l'un ou de l'autre lui sera plus ou moins positif. Cette attitude est définie par M. le professeur Carbonnier comme : "Une option diffuse, une préférence marquée au jour le jour pour les solutions de non-droit à l'intérieur d'une situation de droit" (20).

Cette option diffuse quand elle s'applique au concubinage prend la forme d'une situation de non-droit originaire et le recours selon les opportunités aux solutions de droit. Recours ponctuel au droit, telle la pratique des certificats de concubinage, pour bénéficier des avantages de la Sécurité sociale ou encore un rapprochement géographique pour les concubins dans la fonction publique (21). Autre exemple de cette attitude, le recours aux tribunaux par les concubins eux-mêmes afin de bénéficier d'effets juridiques protecteurs. Ce qui a amené M. le professeur Carbonnier à constater : "(...) au commencement, un couple vivait dans la pureté du non-être juridique, mais des désirs de droit se sont manifestés au-dedans de lui, ou au-dehors, pour ou contre lui, dans la société, et voici que maintenant le non-droit va se réfugier dans le droit ou mouvement inverse - le droit envahira le non-droit (22).

(19) Ibid, p. 62.

(20) Ibid, p. 61.

(21) M. J. Hauser et Mme Huet-Veiller, "Fondation et vie de famille", L.G.D.J. 1989, n° 403, p. 174.

(22) Préface des "concubinages", p. 9.

## *B - Mécanismes involontaires*

Il s'agit d'une "auto-neutralisation du droit" (1), parfois d'une résistance du fait au droit (2).

### 1 - Auto-neutralisation du droit

"Le droit arrive à s'annihiler lui-même tel le serpent qui se mord la queue. Dans un nombre immense de cas, il dévore les phénomènes juridiques, neutralise leur juridicité" (23). La règle de droit ne doit pas aller dans son élaboration à ne traiter que du particulier, sous peine d'instaurer l'incertitude et l'insécurité juridiques. Par sa généralité seule, le droit peut prétendre à une fonction de régulation de l'ensemble des comportements sociaux. Mais l'inconvénient majeur de la généralité réside dans le jeu qui peut s'instituer entre les différentes règles, conduisant quelquefois à une paralysie du juridique. D'autres fois, l'auto-neutralisation du droit est consécutive au développement de la matière juridique. À vouloir tout saisir dans un quadrillage systématisé, on laisse au bout du compte des passages entre les mailles du filet juridique en raison de l'infinité des situations envisagées. Qui plus est, par l'hypertrophie des règles, le droit encourt un risque plus grand d'ineffectivité. La neutralisation du droit est aussi une conséquence du caractère d'extériorité du droit qui pose l'exigence de la preuve comme une condition de sa praticabilité. Or, "l'exigence de la preuve rejette hors du droit tout ce qui ne peut être prouvé : idem est non esse aut non probari" (24). C'est la même chose de ne pas être et de ne pas être prouvé. Enfin, l'auto-neutralisation des règles de droit peut avoir pour cause le coût et la lenteur de l'appareil judiciaire. Conjoncture qui amène à penser "qu'il vaut mieux un mauvais arrangement, qu'un bon procès" (25).

### 2 - Résistance du fait au droit

La résistance du fait au droit est bien un mécanisme involontaire de création du non-droit. Le terme "résistance" traduit l'idée de lutte entre droit et non-droit. Pour autant, toute résistance n'est pas constitutive de non-droit. Un double critère est exigé :

- que le droit ait renoncé à saisir les faits considérés
- que la renonciation ait un caractère de généralité (26).

Afin d'éviter des troubles dans l'ordre social, force est au droit de se retirer, de s'incliner devant une situation qu'à l'origine il a voulu régler. Ceci en raison de la fonction instrumentale du droit qui ne vise que le réalisable. L'idée se retrouve chez Dabin : "Si juste que puisse être sa disposition envisagée en soi et quant à l'intention, le rôle de la loi n'est pas d'ajouter à un désordre réel que, par hypothèse, son précepte sera impuissant à guérir, un désordre nouveau, plus grave encore que le précédent. La règle de droit cesse de servir quand, dans l'ensemble, balance faite de

(23) "L'hypothèse du non-droit", A.P.D. 1963, p. 59.

(24) Ibid, p. 60

(25) Ibid, p. 60 : "L'existence d'une intervention humaine pour accomplir le droit tend à rejeter hors du droit tout ce qui vaut moins que cette intervention. Le droit est dépourvu d'automatisme, il ne s'accomplit que par l'intermédiaire des hommes. Or, l'action des hommes est soumise à la grande loi de l'intérêt. Même amiable, a fortiori contentieuse, la réalisation du droit requiert de l'argent et du temps (qui est encore de l'argent). Si l'intérêt qui s'y attache est trop faible, il ne se rencontrera personne pour plaider, voire pour réclamer amiablement : il n'y aura rien ; le droit aura été neutralisé par le coût de son accomplissement".

(26) Ibid, p. 61

l'actif et du passif, elle fait plus de mal que de bien" (27). Le non-droit a alors pour source la capitulation du droit qui s'avoue être vaincu dans la lutte engagée. Le droit préfère à l'honneur de la victoire, la dignité dans la défaite. Il préfère se retirer plutôt que de risquer l'ineffectivité. Le caractère contraignant inhérent au droit, tel que perçu par M. le professeur Carbonnier, dans l'hypothèse du non-droit, l'aspect institutionnel, public du juridique, favorisent l'implantation d'un droit du non-droit dans des domaines où la contrainte apparaît comme un joug injustifié et inutile.

## Section 2 - Le droit du non-droit

Le phénomène du non-droit n'est pas exclusif du droit, mais décide du domaine d'intervention du droit dans la société (§ 1). Au-delà le droit ne doit s'entendre que comme un droit des individus se libérant de toute puissance coercitive pour être ce que M. le professeur Carbonnier qualifie de droit du non-droit, c'est-à-dire un droit sans contrainte extérieure (§ 2).

### *§ 1 - Le non-droit, révélateur de la fonction du droit*

Le non-droit part de l'incompatibilité du droit et de certaines situations (A), pour réduire son intervention en des situations où la contrainte est nécessaire (B).

#### *A - Incompatibilité du droit et de certaines situations*

Le droit est objectif, général, systématique, collectif, se veut unitaire. Il est fondé sur la défiance de l'autre, sur la peur de cet autrui qui pourrait venir entraver notre liberté. Le droit a pour fonction de réaliser l'adage : "ma liberté s'arrête là où commence celle d'autrui". Il est le garant de la sécurité des acquis de l'individu contre toute atteinte des autres membres du corps social. Le droit est caractérisé par son extériorité, son caractère contraignant. Par là-même, il n'a pas compétence pour s'immiscer en des affaires qui relèvent des consciences individuelles où la contrainte serait de nul effet.

Une illustration peut nous être donnée en matière familiale. Que ce soit au sens de la famille-ménage ou de la famille-lignage, de la famille naturelle ou de la famille légitime, un point demeure : l'emploi du terme "famille" ne se conçoit pas sans progéniture et d'où viennent les enfants si ce n'est de la "copula carnalis" ? Ce qui est révélateur de relations subjectives, particulières au sein de la famille et qui fait que la famille n'est pas univoque (il y a des familles). La famille est fondée sur la confiance en l'autre, sur l'amour de cet autrui choisi pour vivre ce qui deviendra une famille, et l'amour ne se commande pas. La famille est tissée d'irrationnel, de passion, de haine, de disputes et de réconciliations, de silences et de sous-entendus que nul ne peut appréhender si ce n'est les acteurs de la vie familiale. Le droit, lui, est rationnel, il n'est pas à même de connaître les éléments de l'histoire familiale pour dire au fond qui a raison ou qui a tort, ni même pour imposer une solution. C'est pourquoi, il n'est pas de sa fonction d'intervenir au sein des relations familiales. Partant de là, il ne devrait pas y avoir immixtion du droit. Chacun devrait pouvoir choisir sa famille, ses règles de vie, cela relève de l'idée de M. le professeur Carbonnier selon laquelle chacun a sa morale, ses convictions, son ordre de valeur qui ne concernent pas le droit mais la conscience de tout un chacun.

Dès lors, le droit est inutile. Il peut toujours édicter des préceptes, il ne pourra pas en assurer l'exécution. Son rôle doit se limiter à préserver le droit de

(27) "Théorie générale du droit", coll. Philosophie du droit, éd. Dalloz 1969, p. 26.

l'individu à avoir une famille et non de lui dire quelle sera sa famille. "La famille est moins une institution qui vaudrait par elle-même qu'un instrument offert à chacun pour l'épanouissement de sa personnalité. Que s'estompe le droit de la famille ; parlons plutôt d'un droit de l'homme (et de la femme) à la famille : c'est une forme du droit au bonheur implicitement garanti par l'État" (28). Le droit n'a jamais eu compétence au fond ; ainsi, pour le mariage, il est vrai qu'à une certaine époque, la règle de droit du mariage, modèle unique de l'union des sexes, avait une apparence d'effectivité. Pour autant, peut-on en déduire que l'application formelle du droit en matière conjugale résultait de la pression juridique qui lui est inhérente ? N'était-ce pas en raison de la pression sociale -les convenances, les conventions sociales- maintenant cette réalité formelle ? En tout état de cause la contrainte qu'elle ait émané du droit étatique ou de droits infra-étatiques, n'a pu que maintenir le respect apparent du précepte, et non l'inscrire dans la réalité sociale ; d'où un échec du droit.

Derrière cet ordre apparent ont fleuri les séparations de fait, les adultères... Les tribunaux, conscients de cet échec, ont modifié leur jurisprudence en matière d'abandon de foyer. Fin XIXème, début XXème siècle, ils statuaient sur le recours à un retour manu militari en terme d'opportunité, à savoir est-ce que ce retour forcé était ou non opportun pour la famille. Aujourd'hui, ils posent pour principe que la contrainte est à exclure en pareil domaine.

Autre illustration de l'incompatibilité du droit-contrainte et de certaines situations : le droit et le sexe. L'individu se refuse à avoir pour chaperon le droit. Ce domaine relève de l'intimité des consciences à laquelle nul ne peut se substituer. C'est ainsi que l'adultère a été dépenalisé bien qu'il reste une faute civile (29), que le transsexualisme suscite des interrogations (peut-on contraindre un individu à garder un sexe qu'il prétend ne pas être le sien ?) et que la décision du recours à l'avortement appartient à la femme enceinte. On pourrait rétorquer qu'il n'y a pas toujours incompatibilité car le viol fait l'objet d'une répression pénale. Certes, mais ce n'est pas là reconnaître une quelconque compétence au droit qui serait dirigiste, en matière sexuelle. Le droit demeure cantonné au rôle que lui a reconnu l'individu. Il va intervenir pour que soit respectée la liberté, en l'occurrence sexuelle, de l'individu. Le viol n'est pas réprimé sur la base d'un jugement de valeur, mais parce qu'il porte atteinte à une liberté individuelle. En somme, le non-droit réduit le droit à son utilité, c'est-à-dire aux cas où la contrainte est nécessaire.

### *B - Nécessité du droit en certaines situations*

La vie n'est pas faite que d'extrêmes, ses couleurs sont rarement tranchées, mais plutôt nuancées, plus ou moins atténuées. Il n'est pas de matières qui relèveraient du droit et d'autres du non-droit. Toute matière intéresse à la fois le droit et le non-droit. Une même matière peut combiner droit et non-droit, simultanément ou successivement. La différence se cristallise en fait sur la nature de l'intervention. Ainsi, l'intervention du droit dans la vie familiale reste ponctuelle, un peu comme ces personnes se réclamant d'un culte et qui ne s'en souviennent que pour les naissances (à cause des cadeaux), lors du mariage (pour les orgues) et à l'heure de la mort (... on ne sait jamais !) C'est ce qu'exprime M. le professeur Carbonnier lorsqu'il constate : "Pour la plupart, les individus ne pratiquent le droit que de loin en loin, quand ils ne peuvent faire autrement (ainsi, quand il leur faut célébrer leur mariage ou rassurer un acheteur qui redoute l'hypothèque de la femme mariée) et dans

(28) Jean Carbonnier, *Essais sur les lois*, chap. 10 "A chacun sa famille, à chacun son droit", Rép. Not. Def. 1979, p. 171.

(29) L'adultère est une faute non parce que répréhensible selon un ordre de valeurs, mais parce qu'il rompt une obligation civile, celle de la fidélité.

l'intervalle, ils vivent comme si le droit n'existait pas (...). Il y a de longs jours de non-droit pour quelques instants de droit. Car le non-droit est l'essence, le droit l'accident" (30). En fait, le recours au droit-contrainte est nécessaire pour toute matière lorsque prévaut son aspect sociétair. Il n'agit pas en tant que directeur des conduites humaines, mais en tant que régulateur. Il s'agit de concilier des intérêts divergents pour maintenir un ordre minimal.

Restons dans l'exemple tiré de la matière familiale. Le recours au droit a lieu dans les relations de la famille avec les tiers, de la famille avec la société, parfois entre les membres d'une même famille. Mais cette famille connaît un quotidien tissé de non-droit : Dès qu'intervient un tiers apparaît une divergence d'intérêts. Le droit est nécessaire pour concilier le respect des droits de chacun, au besoin par la contrainte. La famille est prise alors dans son extériorité en tant "qu'organisation familiale" où l'indépendance juridique inhérente à chaque individu ne doit pas devenir un instrument de fraude aux droits des tiers. Rien de plus facile en effet que de spolier les droits des tiers en usant de l'autonomie juridique propre à chaque membre de la famille ; les individus d'une même famille peuvent s'entendre pour que le patrimoine de celui qui s'engage dans l'intérêt de la famille soit, a posteriori, vidé et que les biens ayant quelque valeur soient transférés dans les patrimoines des autres. La simplicité de l'exemple choisi pour plus de clarté ne doit pas cacher la multiplicité des manœuvres envisageables. C'est pourquoi le droit est intervenu. Il instaure par exemple entre les époux l'idée d'association, parfois de solidarité (art. 220 du C. civ.) dans leurs engagements vis-à-vis des tiers. Pareille réglementation s'appliquant à la famille se retrouve pour toute organisation où apparaît un risque de fraude. A fortiori, dans le cadre du droit des sociétés : les associés d'une société de personnes ont une responsabilité solidaire et illimitée ; pour les sociétés de capitaux où la responsabilité est limitée aux apports, nous trouvons comme arme de défense aux intérêts des tiers la responsabilité des dirigeants sociaux. Dans la vie des affaires, la négociation, les accords amiables, les "arrangements" constituent des règles tacitement reconnues par les individus, droit infra-étatique. La contrainte s'exprime alors par l'expulsion du partenaire économique, qui n'a pas respecté les règles du secteur d'activité concerné, par les autres partenaires sociaux qui ne passeront plus de contrat avec lui (sorte de boycott).

Le droit intervient en tant que réglementation pour reconnaître existence juridique à la famille. La fondation de la famille, sa disparition exigent le recours au droit étatique, mais ce n'est qu'en tant que manifestation du rattachement à l'ordre politique. Enfin, le droit intervient au sein de la famille pour régler les conflits entre ses membres. Il est mû non par la justice mais par une préoccupation politique. Il faut sanctionner les trop grandes déviations susceptibles de causer un désordre dans la société. Cette intervention du droit ne concerne que des cas pathologiques, ne porte pas atteinte à l'hypothèse d'une famille tissée de non-droit, car ce n'est pas sur la pathologie que se construit une hypothèse, mais sur la normalité. La normalité concernant la famille ce sera que : "Les idylles et la famille heureuse se passent parfaitement de droit ; la vie quotidienne est alors tissée d'accords tacites, d'affections et de disputes que l'amour, l'oubli, la maîtrise de soi ou l'indifférence apaisent" (31).

La conclusion de M. le professeur Carbonnier en matière familiale est donc que le quotidien a pour substance le non-droit. Le droit y est inutile. C'est de cette inutilité, de l'idée selon laquelle l'homme pourrait bien ne pas avoir besoin du droit-contrainte en certains aspects de la vie, que l'hypothèse du non-droit a conduit à l'idée d'un droit du non-droit, libéré de toute contrainte extérieure.

(30) "L'hypothèse du non-droit", A.P.D. 1963, p. 62.

(31) MM. Malaurie et Aynès, "La famille", éd. Cujas, 1989, p. 19.

## § 2 - *Le non-droit, révélateur d'un droit sans contrainte extérieure*

"Il advient que l'on aperçoive dans le non-droit comme un décalque, un reflet du droit. En face de l'institution juridique se dresse une sorte de shadow-institution, dont les structures sont similaires, quoique plus floues. Il y manque les effets juridiques, l'exigibilité, l'action en justice (...)" (32). Déjà, dans l'hypothèse du non-droit, M. le professeur Carbonnier constate l'existence d'un autre aspect du non-droit. Ce n'est plus un non-droit phénomène négatif, mais un non-droit phénomène positif. En germe existe le droit du non-droit, même si l'expression n'apparaît que dans ses écrits ultérieurs. Le droit du non-droit c'est "un droit sans obligation ni sanction" (33). Il est caractérisé par l'absence de contrainte qui n'aurait pas sa source dans la volonté de l'individu. C'est pourquoi, M. le professeur Carbonnier constate dès 1963 : "(...) une large part du non-droit paraît échapper non seulement au droit, mais à la société elle-même. Car on n'y aperçoit de relations qu'entre les individus. Or, il s'en faut que ce vide absolu de pression sociale suffise à faire de l'homme un loup pour l'homme. C'est que chaque individu découvre en lui-même son propre frein" (34). Le siège du droit du non-droit se trouve par conséquent dans l'individu. Même en l'absence de relations juridiques établies, les individus agissent les uns par rapport aux autres selon un droit qui n'est pas celui du droit-contrainte extérieure, ce n'est plus du droit positif. "Il s'agit d'un monde subliminaire, une sorte de monde intermédiaire où beaucoup se contentent de vivre sans faire appel au droit de la société, sans avoir non plus des tourments métaphysiques ou théologiques, c'est vivre un non-droit en ayant des relations non juridiques que bien souvent les individus calqueront sur les relations juridiques dont ils ont connaissance, mais ils resteront tout de même sur le seuil du droit parce qu'ils ne donneront pas à leurs actes, à leurs conventions, une forme juridique, ils régleront leurs rapports par les mœurs, par l'amitié. C'est du non-droit, mais un non-droit qui n'est pas un non-droit de révolte, de désordre, d'anarchie, c'est un non-droit qui essaie d'avoir une certaine régularité par transposition de ce que l'on peut voir dans le droit, le droit donne un modèle" (35). Ce sera par exemple le prêt d'outils entre voisins, l'union libre, la victime qui se fait indemniser directement par son voleur...

Ce droit du non-droit qui par définition n'est pas posé, ne se rapproche-t-il pas du droit naturel ? La question peut d'autant plus être posée que M. le professeur Carbonnier a écrit : "Le droit naturel est un jardin magnifique, est-il nécessaire d'y croire pour s'y promener ?". Ce droit du non-droit, création spontanée, serait-il droit naturel ? On s'en rapproche, certes, puisque s'il est un droit sans contrainte extérieure, il porte en lui-même une contrainte qui lui est inhérente. Pour le droit naturel la contrainte résulte du fait qu'il est la situation juste. Il s'impose comme tel à l'individu comme quelque chose d'objectif. Pour le droit du non-droit, la contrainte est quelque chose de subjectivement fixé par les individus dans leurs rapports, ce qui est la négation même du droit naturel.

Ce rejet de toute contrainte extérieure entraîne un rejet du judiciaire, du recours au juge. S'il y a dans le droit du non-droit une imitation du droit en ce qu'il a d'ordonné, l'ordre étant indispensable à la régularité, la différence décisive entre le droit et le droit du non-droit reste sa non-justiciabilité, la justiciabilité étant l'expression de la contrainte extérieure. Le droit du non-droit, ce sont donc les

(32) "L'hypothèse du non-droit", A.P.D. 1963, p. 62.

(33) Jean Carbonnier, "Il y a plus d'une définition dans la maison du droit", "Droits", t. 2, 1990, p. 7.

(34) "L'hypothèse du non-droit", A.P.D. 1963, p. 66-68.

(35) Entretien avec M. le professeur Carbonnier.

situations de fait et les situations d'amitié tant qu'elles ne donnent pas lieu à un conflit judiciaire. Elles seront caractérisées par la volonté de se tenir hors du droit, et constituées par la prudence ; "la vocation de la prudence est de rester à quelques pas en arrière du droit positif, d'en modérer, d'en atténuer les arêtes. Il concède, renonce, transige" (36). En somme, le droit du non-droit, c'est le recours au règlement amiable des relations individuelles et on n'y trouve la justice que si celle-ci s'entend : "d'un équilibre des intérêts, d'une non-discrimination, d'une certaine égalité ou en tout cas d'un certain refus de ce qui serait une violation flagrante de l'égalité" (37).

Le phénomène du non-droit, tel que le pose l'hypothèse et le révèle ce droit du non-droit, est matière à constatation selon une approche plus sociologique que juridique. Il est aussi matière à politique lorsqu'il devient notion opératoire dans l'élaboration du droit, et plus particulièrement du droit étatique.

## CHAPITRE 2 - LE NON-DROIT : UNE NOTION OPERATOIRE

Si l'hypothèse du non-droit donne une ébauche de la conception du droit de M. le professeur Carbonnier, le non-droit perçu comme concept opératoire s'analyse en une véritable conception du droit, en ce qu'il indique "ce qu'il faut faire" au plan d'une politique juridique (section 1) politique qui pose ses fondations sur le pluralisme devant présider à l'élaboration du droit (section 2).

### Section 1 - Un principe de politique juridique

Faire du non-droit un principe de politique juridique, c'est partir d'une redéfinition des rapports entre l'État et la société (§ 1) pour aboutir à appréhender différemment le droit (§ 2).

#### *§ 1 - Redéfinition des rapports entre l'État et la société*

Par une société autonome du droit étatique (A), par un rejet d'une logique exclusivement juridique (B).

##### *A - Autonomie de la société*

Trop souvent appréhendé de façon globale, l'État évoque chez la plupart des personnes un magma informe, anonyme, un appareil tentaculaire (réminiscence du léviathan ?). Appareil dont on ne connaît pas tous les rouages, mais dont on sait qu'il a pour mode d'expression le droit. Plus encore, il y a association d'idée entre l'État et la société, et ce depuis 1789, depuis le temps où : "L'État n'est plus seulement compris comme le sommet régulateur et organisateur d'une hiérarchie articulée de corps intermédiaires (mais) est érigé en instance de production du social et devient l'agent principal d'unification d'une société d'individus atomisés" (38). Fonction d'ordre social qui a permis la confusion entre l'État et la société.

Vers les années soixante-dix, la société ne se veut plus étatique. Elle comprend l'État comme l'une des articulations de l'ordre social et non comme la base de celui-ci. L'État devient alors une manifestation du cadre sociétaire et un de ses instruments. À côté de l'autorité publique, à côté du juridique, se font plus présentes

(36) "Il y a plus d'une définition dans la maison du droit", "Droits", t. 2, 1990, p. 8.

(37) Entretien avec M. le professeur Carbonnier.

(38) Pierre Rosanvallon, "L'État en France de 1789 à nos jours", éd U H Seuil, 1990, p. 96.

les conventions sociales, les mœurs, la morale. Autant de matières qui elles aussi sont des manifestations de l'organisation sociale, sans pouvoir prétendre à une exclusivité. Il y a prise de conscience de la diversité du social, prise de conscience déjà approchée en 1963 par M. le professeur Carbonnier : "Il faut bien comprendre que le non-droit n'est pas néant, ni chaos, c'est un monde de relations que le droit n'abandonne pas quand il se retire, à la dissolution ou au désordre (...) le terrain qu'il évacue sera tout simplement réoccupé par les anciens occupants, principes d'ordre, de paix et d'harmonie dont on postule plus ou moins dans l'hypothèse considérée, l'antériorité au droit. Ces principes coulent de maintes sources (...) d'abord, de tout le social non juridique, de tous les systèmes de normes qui ne sont pas des systèmes de droit" (39).

Il y a à l'état embryonnaire revendication de la société à recouvrer son indépendance par rapport à un droit qui n'est que l'expression du pouvoir étatique. Les événements de 1968 en sont l'illustration. Ils sont révélateurs d'un face-à-face État et société qui débouchera à son issue, de façon accessoire, à redéfinir les rapports entre le droit et le non-droit et ce dans "(...) les raccords du fait au droit" à propos des décisions prises par des autorités de fait qui voudront émerger à la vie juridique (40). Cette modification des relations entre l'État et la société donne à celle-ci plus qu'un droit de regard sur le juridique (elle le possède déjà par la résistance du fait au droit), mais un pouvoir certain sur l'élaboration des règles de droit, par l'érection du non-droit en politique de non-droit redonnant son autonomie à la société et ayant pour instrument le rejet d'une logique exclusivement juridique.

### *B - Rejet d'une logique exclusivement juridique*

C'est au sein du corps judiciaire que peut être relevée la manifestation d'une société se voulant autonome du droit étatique en ce qu'il a de dirigiste par un non-droit, érigé en instrument juridique, et ce plus particulièrement en droit privé. De l'application de la théorie du non-droit à la justice de la famille, il y a eu déclin de l'étatisme au profit de la "raison sociale", non seulement par l'admission dans le cadre judiciaire des particularités inhérentes à l'application d'un droit de la famille, mais aussi un rejet de la logique juridique, en faveur d'une logique de non-droit.

C'est d'abord l'adaptation des institutions juridiques ayant fonction de juridiction par : "spécialisation du juge, regroupement horizontal du contentieux traité habituellement par des instances différentes au sein du même tribunal, regroupement vertical consistant à ce que ce soit le même juge qui ait à connaître une affaire de son début jusqu'à la fin, adaptation de la procédure, la procédure contradictoire étant estimée inadéquate au traitement de ce type de contentieux, recours aux services des techniciens des sciences humaines (...)" (41).

Les spécialisations, en effet, ne font pas défaut dès qu'il s'agit de juger des affaires intéressant la famille : juge des enfants, juge aux affaires matrimoniales, juge des tutelles... autant de spécialisations qui conduisent à autonomiser les "éléments" de la famille, les uns par rapport aux autres. Distinction qui s'appuie sur une justice à juge unique pour les questions extrapatrimoniales, comme si tout risque d'arbitraire était inconcevable en la matière, traduisant l'idée d'un droit qui s'humanise. Le caractère collégial d'une juridiction -gagé en principe de plus d'objectivité- disparaît pour laisser place à une seule personne : le juge et derrière le juge : l'homme avec toute sa sensibilité, psychologie, sociabilité...

(39) "Hypothèse du non-droit", A.P.D. 1963, p. 67.

(40) Jean Carbonnier, "Flexible droit", LGDJ 7e éd. 1992, p. 47.

(41) Jacques Commaille, "Permanence et redéfinition des rôles du droit et de la justice face à la famille", Actes 35/36, 1982, les cahiers d'action juridique.

Au caractère particulier de la famille répond le caractère particulier du juge qui emprunte plus au non-droit qu'au droit pour tempérer les conflits familiaux. Rejeter la logique juridique pour une logique de non-droit, c'est donc permettre au juge d'y recourir de sa libre initiative. Si ce rejet n'a rien de spécifique à notre seconde moitié du XXème siècle (tout juge, en effet, même auparavant, utilisait son humanité lorsqu'il était appelé à régler les conflits familiaux. Le premier n'a-t-il pas été le roi Salomon ?) son expression lui est particulière en ce que le recours au non-droit va faire l'objet d'une organisation par le droit. Il y a institution de procédures de non-droit. Le juge apparaît alors comme témoin des démêlés familiaux, ami des couples désunis et essaie de réduire les oppositions, d'apaiser les dissentiments ou encore de résoudre les équivoques. La force étatique, la pression juridique s'effacent devant un juge conciliateur. Il y a interpénétration du droit et du non-droit, en ce que le droit essaie de revêtir dans son intervention le vêtement du non-droit. Plus précisément, "ce sont des procédures juridiques, c'est une organisation juridique du non-juridique" (42). Ce sera la conciliation avec la loi du 11 juillet 1975 relative au divorce ; l'instance judiciaire s'est vu attribuer en préambule une phase -résultat de la politique du non-droit- où le juge conciliateur essaie de réconcilier les époux, d'inciter aux concessions réciproques, à l'admission par chacun de ses torts et au pardon des offenses. C'est l'apparition de la médiation dans certains tribunaux concernant la garde de l'enfant, "étant entendu que la médiation ici ce ne serait pas, à la différence de la conciliation préliminaire, le juge qui serait médiateur, mais un tiers doté d'une certaine autorité morale, d'un certain prestige" (43).

Outre le fait que ce "non-droit" laisse la préséance au droit, cette interpénétration du droit et du non-droit permet de poser la question suivante : "Est-ce que ce non-droit, sous organisation juridique, n'a pas quelque chose de contradictoire et par sa contradiction intérieure, n'est pas frappé d'une certaine inefficacité plus grande qu'on ne l'imagine ?" (44). En effet, concernant les juges conciliateurs, ils n'ont pas souvent le temps matériel de procéder à une réelle conciliation, tant et si bien qu'elle devient formalité procédurale. Concernant les médiateurs, le risque est dans une professionnalisation, apparaissent déjà les premières écoles aux fins de devenir "médiateur *ès titre*". Et puis surtout, le fait même d'une conciliation ou d'une médiation intervenant au stade judiciaire et qui n'est pas à l'initiative des époux -manifestant par l'action en divorce une volonté contraire n'est-elle pas vouée à l'échec ? Ceci en raison de son caractère tardif, d'une part, le mal exigeant des soins dès les premiers symptômes de la maladie, dès le premier refroidissement, et exigeant, d'autre part, la coopération du patient pour réaliser le traitement. Toujours est-il que ce rejet d'une exclusivité du juridique conduit à appréhender différemment le droit.

## § 2- Une appréhension nouvelle du droit

Appréhension caractérisée par le rôle actif reconnu au non-droit (A) ayant pour corollaire une neutralité du droit (B).

### A - Rôle actif du non-droit

Il y a une différence fondamentale entre l'hypothèse et la théorie du non-droit. Dans la première, on se place par rapport aux phénomènes du non-droit qui en eux-mêmes donnent un éclairage indirect au droit -position statique- alors que dans la

(42) Entretien avec M. le professeur Carbonnier.

(43) Ibid.

(44) Ibid.

seconde, on se place par rapport au droit que l'on veut modifier, donc une position dynamique, en fonction du non-droit. En cela, le non-droit s'exprime en des formules positives, il ne cherche pas à détruire, à se substituer au droit sans autre motivation, il essaie de modeler le droit. Lorsque M. le professeur Carbonnier constate que "le vrai non-droit n'en veut au droit que d'être droit", la réflexion préalable sur le droit que nous avons menée permet de comprendre que le vrai non-droit n'en veut au droit que d'être contrainte extérieure et dirigiste des conduites humaines (45).

À la différence de l'hypothèse, dans la théorie l'élément prédominant dans les rapports droit et non-droit n'est plus la lutte, l'opposition mais la collaboration, une conciliation. L'objectif commun est de trouver le moyen d'assurer de la façon la plus efficace la paix et la tranquillité au sein des rapports sociaux, quitte au droit à emprunter au non-droit. Un "modus vivendi" s'est instauré entre le non-droit et le droit : "L'art législatif accepte de ne plus regarder le droit comme un système clos se suffisant à lui-même. La reconnaissance par dessus la haie de cette réalité multiforme qu'est le non-droit pourrait bien être la clef d'une stratégie législative" (46).

Il y a bien nouvelle appréhension du droit. Les retraits du droit ne seront plus approchés avec malaise mais comme une conséquence bénéfique de la politique juridique. À l'élaboration du droit présidera un esprit neuf de régulation et non plus de direction des conduites humaines, entraînant une baisse de la pression juridique. Il s'agit-là d'un consensus, le droit n'est pas le seul à déposer les armes, les concessions sont réciproques. Le non-droit aussi accepte la politique de désarmement en ce qu'il admet des domaines où la compétence du droit est requise, celle de la sphère légitime de régulation. Nous sommes passés dans les rapports du droit au non-droit de la guerre froide à la coexistence pacifique. Pour autant cela signifie-t-il que tout risque de nouvelle guerre est écarté ? Cette phrase de M. le professeur Carbonnier à propos de l'action du non-droit ne permet pas de le penser : "Une recommandation tactique, enfin. Tout n'étant pas possible à la fois, il serait sage de commencer par mettre à part les domaines où il est moins urgent d'agir, parce que l'excès de droit y est supportable à moindre mal pour les hommes, (tel) le domaine des personnes morales qui n'ont ni nerfs, ni cœur", et plus largement tout ce qui est patrimonial (47).

La restriction introduite par "il est moins urgent d'agir" permet de conclure que tout conflit n'est pas écarté. Le consensus entre droit et non-droit n'est par définition qu'un compromis, non un arbitrage. Alors que l'arbitrage a pour objet de rechercher la solution juste, réglant définitivement le conflit en établissant le juste équilibre entre droit et non-droit, le compromis lui ne vise qu'à apaiser le conflit, mais "il ne donne pas de solution exacte du conflit, le conflit n'est pas résorbé, il peut ressurgir" (48). Quoi qu'il en soit, de ce consensus est née une nouvelle façon d'appréhender le droit à base de neutralité.

### *B - Neutralité du droit*

Il y a retrait du droit au sens d'une conception dirigiste. Ce retrait n'est pourtant pas contradictoire avec un phénomène "d'étatisation". Cette "étatisation" traduit à notre sens une intervention accrue de l'État et du juridique qui n'est pas incompatible mais vient corroborer l'idée d'une appréhension nouvelle du droit, tel

(45) "Flexible droit", LGDJ 7e éd. 1992, "scolies sur le non-droit", p. 46.

(46) Jean Carbonnier, "Essais sur les lois", chap. 4 : "Tendances actuelles de l'art législatif en France, Rép. Not. Def. 1979, p. 240.

(47) "Flexible droit", scolies sur le non-droit, LGDJ 7e éd. 1992, p. 48.

(48) Alain Sériaux : "Le juge, critère ultime de règlement des conflits", conférence non publiée, 1991, Aix-en-Provence.

que résultant d'une politique du non-droit. En effet, la politique du non-droit est celle d'un désengagement juridique qui n'interdit pas une augmentation de la réglementation, mais exige seulement sa neutralité. Le désengagement s'entend alors d'un droit ne faisant plus référence à un ordre de valeurs à imposer aux individus et partant, renonçant en grande partie à son caractère contraignant en de nombreux domaines.

Ainsi, à l'égard de la famille, le mariage légal n'est plus le critère de la légitimité de la famille. Ce que notre Code civil appelle "famille légitime", dans cette nouvelle appréhension du droit, ne peut se comprendre que de la famille légalement formée et ne porte en soi aucun jugement moral. Aucune connotation morale donc, ce qu'avait compris Portalis à la différence des juristes ultérieurs et que la théorie du non-droit essaie de mettre en lumière. "Si en droit on appelle ordinairement mariage illégitime ou concubinage, celui qui n'est point fait dans toutes les formes prescrites, c'est que le mot illégitime et celui de concubinage ne sont pas toujours pris à la rigueur et en tant qu'ils pourraient exprimer quelque chose de moralement injuste, illicite ou déshonnête en soi, mais seulement dans un sens adversatif à ce que les lois positives appellent mariages solennels, qui ont, en vertu du droit civil, une certaine valeur ou certains effets, dont les mariages qui peuvent être honnêtes en soi, mais qui sont dénués de formes, sont destitués par le même droit. (Mais ces lois) n'ont jamais force que comme simples lois de police" (49). Il ressort de cela que la famille est l'union des sexes ayant pour suite l'apparition de l'enfant et la volonté de ses géniteurs à l'élever. C'est donc dans le critère de la durée et celui de la volonté de se comporter en parents que se retrouve l'élément déterminant du concept de légitimité et non plus dans le caractère légal de la famille. Ce qui conduit à ce que la légitimité ne soit plus le privilège du mariage légal, mais le fait de toute union réunissant les deux critères précités. D'où la conclusion de M le professeur Carbonnier : "Ainsi, tandis que dans le mariage solennel, qui est la règle, la loi fait descendre de la preuve du mariage, par l'intermédiaire de la présomption de paternité, la preuve de la filiation -dans le mariage exceptionnel de l'article 197, elle fait remonter de la preuve de la filiation la preuve et l'existence même du mariage. La présomption de légitimité rejaillit sur les parents, en une présomption d'union légitime. Ils sont rétroactivement mariés par leurs enfants -non pas simplement par la procréation, mais par l'éducation menée à son terme, car ce n'est qu'à ce prix que le tractatus est complet. L'arbre est jugé à ses fruits ; le couple est marié par ses œuvres persévérantes, des œuvres qui supposent une grande foi. Il se pourrait même que ce mariage-là fut moins aisément dissoluble que l'autre, puisque toute séparation de fait menace de faire s'évanouir les possessions d'état" (50). En effet, si dans la famille légalement formée, la légitimité (au sens moral) peut être présumée sans être vécue, dans l'union en dehors de toute forme légale, elle ne peut être que vécue, jamais présumée.

L'idée selon laquelle la politique du non-droit a pour corollaire la neutralité du droit conduit, toujours en matière familiale, à une "juridicisation", des familles hors mariage, c'est-à-dire des concubinages. En effet, le contraire ne serait-il pas révélateur d'une volonté du droit à continuer d'ignorer ces situations et, par conséquent, à faire œuvre d'engagement ? Si le droit, par le rôle actif du non-droit, entreprend de supprimer tout jugement directif des conduites humaines, il n'en reste pas moins le garant des droits de chacun. Il est alors logique de lui reconnaître une fonction de régulation, d'agencement des différentes unions afin que les familles ne deviennent

(49) "Consultation sur la validité des mariages protestants", in "Faits et discours juridiques et politiques d'Etienne Portalis", P.U.A.M. 1988, p. 217.

(50) "Le mariage par les œuvres ou la légitimité remontante dans l'article 197 du Code civil", Mélanges Marty, 1978, p. 266.

pas le règne de l'anarchie, et n'entraînent un désordre social, porte ouverte à la dissolution de la société. Régulation constatée par M le professeur Carbonnier - "Assistant en de multiples points à l'émergence, heurtée, tourmentée d'un droit du non-droit, leur tâche première (aux juristes) est d'imprimer à ce droit forme et cohérence" - et qui n'en reste pas moins pour l'auteur du non-droit une source d'inquiétude (51). En effet, le risque serait une résurgence du conflit droit et non-droit, résurgence qui pourrait conduire le droit à ne plus obéir à la politique du non-droit -entendue de neutralité- et dès lors à réimprimer à ses dispositions une dimension dirigiste de l'ordre social.

Pour l'heure, le droit de la famille reste le domaine de prédilection du non-droit. Par ces exemples en matière familiale, on s'aperçoit que le droit désormais renâcle à tout jugement de valeur sur les objets qu'il a à régler. Nouvelle appréhension du droit qui conduit à rejeter une conception univoque du juridique pour fonder ses racines dans une conception plurivoque.

## Section 2 - Le pluralisme, pierre d'angle du désengagement juridique

Le pluralisme peut concentrer son action par une répartition de compétences (§ 1), il peut aussi agir au cœur même du juridique en se fondant sur un principe de diversité des solutions juridiques pouvant s'appliquer à une même situation (§ 2) (52).

### § 1 - Le pluralisme normatif

Dans le pluralisme normatif, le retrait du juridique n'est pas fortuit (auto-neutralisation du droit), ni contraint (résistance du fait au droit), mais recherché. À l'élaboration du juridique gouvernait un esprit rationnel et pédagogique, souvent trop abstrait -parallèle d'un État "instituteur du social" (53)- qui n'atteignait pas toujours son but, à savoir le réalisable. L'intervention du droit relève aujourd'hui d'une autre philosophie qui puise ses racines dans le rejet de toute référence à une quelconque pédagogie dont serait chargé le droit étatique auprès des individus. Le juridique n'a pas à enseigner un ordre de valeurs. Cela a conduit à une neutralité du juridique, la technique juridique n'étant pas à même de promouvoir un idéal moral, encore moins "une pédagogie du salut" pour ceux qui ont les yeux tournés au ciel et les pieds ancrés sur la terre.

Ayant soif de neutralité, le juridique n'en appelle pas pour autant à la licence sociale, mais il se retire pour laisser place à d'autres systèmes de normes. Ainsi, partant d'une réflexion sur la filiation, M. le professeur Carbonnier concluait : "Au-delà des frontières du nouveau droit de la filiation s'il existe désormais un vacuum legis ce n'est pas pour autant un vide de règles. Car dans une société, plusieurs systèmes de règles coexistent. Le droit n'en est qu'un parmi d'autres (religion, éthique, mœurs). Entre ces systèmes, il n'est pas rare que, sur la longue durée, des va-et-vient soient perceptibles. La régularité statistique laisse deviner, dans le domaine évacué par le droit, la présence persistante de règles, mais ce ne sont plus des règles juridiques" (54).

(51) Préface aux concubinages, p. 9.

(52) Sur les théories du pluralisme en anthropologie juridique : Norbert Rouland, *Anthropologie juridique*, P.U.F., Droit politique et théorique, 1988, p. 74 et suivantes.

(53) Pierre Rosanvallon, "L'État en France de 1789 à nos jours", éd. UH Seuil, 1990, p. 95.

(54) "Essais sur les lois", *Rép. Not. Def.* 1979, p. 106.

Le pluralisme normatif est cette idée qu'à l'intérieur de la société, il n'y a pas que le droit, mais aussi d'autres systèmes de normes qui ont un pouvoir régulateur en ce qu'ils ont une puissance contraignante mais ne relèvent pas de l'État. La contrainte n'est pas la contrainte juridique s'appuyant sur la puissance publique, elle n'aura pas recours à la justiciabilité qui n'est qu'une expression de la contrainte juridique, mais emploiera des instruments coercitifs qui lui sont propres, et qui reste une contrainte extérieure à l'individu. Ce sera par exemple dans le domaine religieux, pour l'Église catholique, l'excommunication.../...

Il y a utilisation politique de la notion de non-droit puisqu'elle permet l'accès au pluralisme, à ce phénomène inter-normatif qu'est la trilogie droit, éthique, religion permettant d'éviter les conflits entre la norme juridique et les autres normes régulatrices des comportements humains (55). Mais cet aspect de la politique du non-droit demeure un stade intermédiaire dans la théorie du non-droit de M le professeur Carbonnier qui serait de libérer l'individu de toute contrainte extérieure quelle qu'elle soit, et dont nous nous rapprochons plus avec le pluralisme juridique.

## § 2- *Le pluralisme juridique*

Le pluralisme peut avoir pour conséquence le retrait du droit dans le sens d'un volume juridique moindre, c'est nous l'avons vu l'ouverture au pluralisme normatif. Il peut aussi s'exprimer par un afflux de réglementation, visant à l'adaptation du juridique à la diversité du réel. Cette diversification du juridique donne jour au pluralisme législatif qui prend corps dans un désengagement du droit (A) pour laisser à chacun le choix de son système moral, et plus qu'à chacun sa morale, il est "à chacun son droit" (B).

### *A - Le pluralisme législatif*

Le pluralisme législatif résultant de la politique du non-droit ne signifie pas obligatoirement absence de la loi, mais désengagement qui conduit à une pluralité des modèles juridiques. Vouloir saisir la multiplicité des situations exige une connaissance approfondie de ce qui les constitue, d'où l'importance donnée à la sociologie juridique. Pour autant, M. le professeur Carbonnier n'a jamais entendu conférer une fonction normative à la sociologie, tel que ses détracteurs ont pu l'avancer, mais une fonction identificatrice de l'état des mœurs, des pensées, des traditions régissant les rapports en société : "Non, les enquêtes sociologiques n'ont jamais dicté les réformes du moins dans le secteur que je connais. Elles ont fourni des informations, non des prescriptions (...). Je note, en revanche, que la sociologie juridique peut servir à dénouer cette espèce particulière de crise qu'est l'ineffectivité d'une loi. Tenir compte des comportements, des aspirations, des besoins, c'est pour une loi, se donner de meilleures chances d'être effective. Et bien que je ne considère pas une certaine dose d'ineffectivité comme un drame, j'entends dire couramment que les lois sont faites pour être appliquées. La sociologie facilite l'application" (56). Ces techniques adjacentes au droit étatique permettent de l'éclairer sur les conduites humaines, mais il n'y a pas traduction du fait en droit. Le législateur tient compte des résultats que lui donne la sociologie à la lumière de la fonction de régulation des comportements qui est sienne et non de direction. Tant que ces comportements ne constituent pas une atteinte à l'ordre politique minimal dont il est le garant, il fera

(55) "Le pouvoir d'interdire a été transféré du droit aux autres systèmes de normes... le législateur a délibérément escompté le relais du droit par le non-droit", acception restreinte du non-droit qui est ici le non-juridique "Essais sur les lois", Rep Not Def, 1979, p. 107.

(56) "Sociologie juridique et crise du droit", "Droits" 1986, p. 66 et 71.

œuvre de prudence dans sa décision de donner ou non un vêtement juridique à ces comportements. En tout état de cause il demeure le seul en dernière instance à avoir le pouvoir de décision de ce qui est ou non contraire à l'équilibre des intérêts.

Les moyens révélateurs de ce qu'est la société et devant permettre un droit plus adapté aux situations concrètes sont multiples (57) :

- sondage d'opinion, quoique l'on puisse douter à l'heure actuelle de son utilité en raison d'une mithridatisation du corps social qui a souvent des réponses préconstituées, chacun pressentant "la réponse dans le vent".

- les statistiques, si tant est que les bases de données servant au chiffre soient justes.

- l'enquête sociale, sorte de passerelle entre le juridique et le social, "(.. ) moyen de produire de la visibilité, de dissiper pour l'État l'opacité du social, de dévoiler ce qui est souterrain, caché dans les replis les plus intimes de la société" (58).

Procédé plus intimiste que les statistiques, elle permet au droit d'entrer dans le for interne de la société ou tout au moins des membres qui la composent et partant d'offrir des solutions juridiques adaptées. Nous arrivons à l'idée selon laquelle le droit, le droit effectif, la réalité du droit, selon une politique de non-droit, ne peut s'exprimer que dans un droit "vécu", avec pour limite cette prudence politique qui donne tout pouvoir dans son élaboration au législateur.

Le pluralisme législatif est donc aussi le résultat de l'action du non-droit sur le droit. Il revient à cette définition ontologique du droit, de M. le professeur Carbonnier, qui se construit de l'intérieur et doit être une projection du droit tel que le perçoivent ceux qui y sont parties prenantes, c'est-à-dire les justiciables (59).

Désormais, le juridique contient une pluralité de modèles parmi lesquels l'individu peut choisir la solution la plus proche de sa situation. Il s'humanise en ce qu'il fait siens les caractères de l'homme qui n'est pas un mais multiple. Ce glissement d'une conception unitaire du droit à une conception pluraliste a eu pour conséquence de réformer par blocs le droit de la famille, siège du non-droit et par suite terreau idéal pour implanter une politique de désengagement juridique, ayant pour corollaire la compétence de l'individu.

### *B - Compétence de l'individu*

Les réformes en droit de la famille ont une cohérence d'ensemble qui est la reconnaissance par le juridique de la diversité des situations familiales et la compétence reconnue à l'individu pour l'élection du schéma familial qui lui convient. Comme le soulignait un auteur de façon quelque peu réprobatrice : "Alors que la construction couple-enfant-famille se faisait selon un modèle imposé, on a l'impression que ces éléments partiellement indépendants sont fournis au sujet de droit pour une famille "à construire" (Notre siècle, sera-t-il celui de la famille en

(57) "Quantitatives ou qualitatives. Il ne faut pas réduire l'enquête sociologique aux sondages chiffrés qui frappent le plus les esprits et suscitent le plus facilement des critiques : la sociologie juridique dispose d'autres techniques, par exemple des entretiens approfondis, les analyses sociologiques de jurisprudence..." Jean Carbonnier, "Sociologie juridique et crise du droit" Droits 1986, p. 66.

(58) Pierre Rosanvallon, "L'État en France de 1789 à nos jours", éd. U.H. Seuil, 1990, p. 43.

(59) "Il y a plus d'une définition dans la maison du droit", Droits, t. 2, 1990, p. 6. Contra : Christian Atias, Le mythe du pluralisme civil en législation, R.R.J. 1982, p. 249 "C'est la notion même de droit, ou plus précisément la notion de règle de droit, que le pluralisme civil modifie. Toute société connaît assurément des comportements multiples et des opinions différentes, voire opposées. Cette diversité est souhaitable ; elle est l'un des moteurs de l'activité sociale. Encore faudrait-il préciser les rapports qu'il doit y avoir entre cette diversité sociale et le contenu de la règle de droit ! La neutralité du droit à laquelle le pluralisme conduit n'apparaît compatible ni avec la fonction de la règle de droit, ni avec son objet".

"kit" ?" (60). Depuis 1963, en effet, les différents aspects du non-droit qui étaient en germe dans la pensée de l'auteur ont pris forme non seulement dans ses écrits, mais aussi dans une application pratique par une politique du non-droit dans l'élaboration du droit, entendue de désengagement juridique.

La politique du non-droit appliquée à la famille, c'est une privatisation par une contractualisation, laissant une place de choix aux volontés individuelles. Le mariage, statut ou contrat ? En soi, il est à la fois statut et contrat, tout dépend de la perspective à partir de laquelle on l'envisage, mais son aspect statutaire tend à fortement diminuer dès lors que l'on admet que la primauté est accordée aux consciences individuelles pour en déterminer la substance. Ainsi, l'admission en droit de la multiplicité des causes de divorce a eu pour effet indirect de relativiser le mariage. Cette admission résulte du non-droit en ce qu'il dénie au juridique toute force contraignante dans l'établissement de ce qui est bien ou mal, lui retire toute dimension directrice. C'est pourquoi M. le professeur Carbonnier, abordant "la question du divorce", concluait que : "C'est libéraliser le droit au divorce que de procurer à chaque époux ou à chaque couple, que les mœurs et la morale ont déjà absous de divorcer, un modèle juridique qui ne comprime pas sa liberté" (61). Et de fait, n'est-il pas vrai que : "Du mariage, modèle imposé à tout prix, au mariage modèle choisi par conviction personnelle, il y a certainement une "perte de rentabilité", mais aussi peut-être un gain de substance" (62).

La politique du non-droit donne compétence à l'individu, c'est là sa force en ce que cela peut inciter au dépassement de soi-même, mais c'est aussi sa faiblesse en ce que cela peut conduire à l'effet inverse, tout dépendra de l'individu. C'est peut-être pourquoi le législateur n'a pas modifié le titre du Code civil portant sur le mariage qui reste "la plus sûre protection de ceux qui souffrent du provisoire, tous ceux qui ont besoin d'autre chose que du moment présent : les plus faibles et les plus aimants" et peut-être les plus humbles (63).

En effet, bien que le juridique appréhende la diversité des situations familiales, notamment par l'octroi d'effets juridiques aux unions libres, il ne connaît pas encore du véritable pluralisme législatif qui consisterait à offrir plusieurs modèles, et à côté du mariage, à reconnaître légalement d'autres formes d'union. Le mariage subsiste comme modèle légal unique de l'union des sexes même s'il n'est plus imposé à tout prix. Mais si le mariage reste le seul modèle légal, permet une protection minimale, reste-t-il comme l'ont avancé MM. Malaurie et Aynès, la plus sûre des protections ? La politique du non-droit lorsqu'elle prend pour forme le pluralisme législatif en voulant libéraliser une partie du droit de la famille, en l'occurrence sa disparition, a obligatoirement des répercussions sur ce tout que forme la famille, en l'espèce sur le mariage et les droits et devoirs qui y sont attachés.

Les dispositions sur le divorce ne pouvaient laisser indifférentes celles sur le mariage. Ainsi, l'article 212 du Code civil attache au mariage les devoirs de secours et d'assistance, mais l'abandon de la famille est cause de divorce. Certes, il y aura compensation financière lors du prononcé du divorce -pension alimentaire, prestation compensatoire- mais c'est alors réduire les devoirs de secours et d'assistance à une dimension purement pécuniaire ; alors que l'assistance s'entend aussi du fait de faire front à deux aux contrariétés de la vie, aux difficultés qui peuvent ne toucher qu'un seul époux (ex : paralysie d'un conjoint au cours du mariage) mais nécessitent tout le soutien et l'amour de l'autre. On nous rétorquera que par hypothèse, si l'un des époux est parti, c'est parce qu'il n'y a plus d'amour. C'est ici entrer dans le problème

(60) Jean Hauser et Mme Huet-Weiller, "La famille, fondation et vie de famille", LGDJ 1989, p. 5.

(61) D. 1975, ch., p. 115.

(62) Jean Hauser et Mme Huet-Weiller, "La famille, fondation et vie de famille", LGDJ 1989, p. 10.

(63) Malaurie et Aynès, "La famille". éd. Cujas, 1989, p. 136.

délicat d'une définition de ce qu'est l'amour, une affaire de sentiment, une affaire de volonté ou une affaire de sentiment et de volonté ? L'amour n'est-il pas dans cette appréhension de St-Thomas d'Aquin de l'amour-amitié, au sens de don de soi à l'autre totalement désintéressé (64) ?

En outre, prétendre que le divorce ne pourra être prononcé qu'après six ans de séparation et que par conséquent le temps écoulé fait du mariage "une coquille vide" et permet de créer une situation nouvelle, n'est-ce pas donner une valeur absolutoire au temps et une vertu de l'oubli qu'il n'a peut-être pas toujours. Ainsi, l'action du temps selon le droit commun en matière patrimoniale est dans le principe une prescription trentenaire pour qu'il y ait situation nouvelle. Lorsqu'il s'agit du for interne des individus, de la matière extrapatrimoniale, oublierait-on ou s'accoutumerait-on plus vite ?

Enfin, dans une philosophie du devoir qui réduit le respect du devoir d'assistance à la discrétion de l'individu, s'agit-il encore d'un devoir ? Peut-on parler de devoir lorsqu'il est possible de remettre soi-même la dette, l'engagement que l'on a envers autrui ? N'y a-t-il pas de fait, par la loi du 11 juillet 1975, modification indirecte du droit portant sur le titre du Code civil consacré au mariage ? Il n'y a plus de contrainte, la solution en cas de non-respect des devoirs inhérents au mariage ne reste que celle du divorce. Le divorce ne peut s'analyser en la contrainte émanant des règles de droit prévoyant les devoirs du mariage puisqu'il n'a pas pour effet de faire respecter ceux-ci mais consiste à les supprimer tous.

S'interroger sur la substance des devoirs afférents au mariage exige une réponse qui ne pourra jamais se couvrir du manteau de la neutralité. C'est pourquoi dans un système juridique pluraliste, symbole de désengagement, le droit laisse à chaque couple le pouvoir de donner sa propre réponse. Concrètement, ceux pour qui le devoir d'assistance ne se comprend pas seulement d'une assistance pécuniaire, mais d'une présence, pourront toujours ne pas avoir recours au divorce, pour les autres une solution juridique leur est offerte.

Le pluralisme législatif, c'est aussi une contractualisation aux fondations égalitaires. Nous sommes passés en droit de la famille d'un droit inégalitaire à un droit égalitaire : égalité des filiations, égalité des époux, égalité des sexes, et enfin égalité des parents. L'égalité consiste pour le droit à n'accorder aucune préférence aux uns ou aux autres afin de demeurer neutre. Un exemple nous est donné de l'égalité des époux avec l'article 215 al. 2 du Code civil qui dispose : "La résidence de la famille est au lieu qu'ils choisissent d'un commun accord" (L. n° 7561 7 du 11 juillet 1975). Cette égalité et le retrait du droit en tant que désengagement du juridique, empêche toute solution en cas de désaccord des époux, le juge n'ayant pas compétence pour fixer le lieu du domicile (65).

Les différentes réformes en droit de la famille -1964 à 1975- sont révélatrices d'un renversement total de ce qu'était le droit et de ce qu'il est devenu ; le résultat des consciences individuelles que la philosophie contemporaine place dans l'idée d'un droit individuel au "bonheur". Critique déjà d'un des aspects du non-droit, ce constat nous amène à une réflexion juridique mais aussi politique sur le droit et sur la notion de non-droit de M. le professeur Carbonnier.

(64) Don de soi, non comme nous le voulons, mais comme l'autre le veut.

(65) TGI, Paris, 18 octobre 1977, Gaz. Pal. 1978, 1, 24.

## PARTIE 2 - DE LA THÉORIE DU NON-DROIT À LA THÉORIE DE LA NON-LOI

"C'est à la force des raisons et non pas à l'autorité qu'il faut avoir égard dans les disputes. Et même quand l'autorité est grande, elle nuit pour l'ordinaire au disciple. Car le disciple alors cesse de faire usage de son jugement" (66). Cet écueil dénoncé par Cicéron est toujours aussi actuel lorsqu'il s'agit de disputer avec M. le professeur Carbonnier, à propos du non-droit.

Au-delà de la recherche intellectuelle, qui consiste non pas tant à réfuter ou à approuver une position qu'à extraire le vrai du faux en chaque position, et qui conduit ici à s'interroger sur le bien-fondé de l'existence du non-droit (Chapitre 1) ; s'intéresser à la notion de non-droit, c'est s'intéresser à la finalité qui est sienne et qui nous a semblé être l'octroi d'une plus grande autonomie et le retour à l'idée de responsabilité des membres du corps social, faisant de la théorie du non-droit, une théorie de la non-loi, à laquelle, à la différence de la première, nous souscrivons (Chapitre 2).

### CHAPITRE 1 - PREMIÈRES RÉFLEXIONS SUR LE NON-DROIT

Droit et non-droit, les termes mêmes invitent à une analyse conjointe, le second terme tirant sa racine du premier (section 1). Doit être consécutive à cette analyse, l'examen du droit et des autres normes de régulation sociale censées venir remplacer la fonction jusqu'alors assumée par le droit (section 2) (67).

#### Section 1 - Du droit et du non-droit

Saisir le non-droit (§ 2), c'est déjà avoir approché le droit (§ 1).

##### *§ 1 - Des sens du mot droit...*

Ce n'est pas tant une compilation des définitions du droit, qu'une sélection de différentes approches du droit que nous voudrions rapporter ici (A), pour nous fixer sur ce qui nous paraît être, au stade de notre analyse, une approche judicieuse, à savoir l'approche d'une mesure objective (B).

##### *A - Approches sociologique, juridique, théologique*

Nombre de confusions et de controverses tombent lorsque la peine est prise de fixer le cadre de l'étude à mener. Lorsque l'étude porte sur le droit, il n'est pas indifférent de spécifier si c'est au sociologue, au juriste, voire au théologien qu'il est fait appel. Non que l'objet diffère quant à sa nature propre, mais quant à la place qu'il doit occuper. Le droit vu par la sociologie ne sera certainement pas celui qu'appréhende le juridique, encore moins celui de la théologie, ceci en raison des éclairages différents qui peuvent lui être donnés. Ces approches distinctes nous renseignent moins sur ce qu'est le droit, que sur ce qui est droit. Elles sont pourtant

(66) "Entretiens de Cicéron sur la nature des Dieux", Liv. 1, M.DCC XXXII, p. 230.

(67) "Il semble aller de soi que la frontière du non-droit et la frontière du droit se trouvent sur une même ligne. Leur coïncidence est nécessairement parfaite, quel que soit le sens attribué au mot droit. Par le fait même qu'on cherche à préciser le sens du terme non-droit, on indique aussi l'acception dans laquelle on prend le terme droit, c'est-à-dire qu'on touche à un problème dont la théorie du droit n'est pas sortie : la définition du droit". Lucien François, "Le non-droit du travail", in "L'hypothèse du non-droit", XXXe séminaire de la Commission droit et vie des affaires, Liège, p. 87.

une étape nécessaire, car pour connaître il faut déjà appréhender, et c'est dans l'appréhension que ces approches retrouvent leurs raisons d'être.

Par hypothèse, la sociologie s'intéresse à des phénomènes et à des phénomènes humains. Sa science propre repose sur les groupes d'êtres humains et est de l'ordre de la constatation (68). Autour de l'orbite qu'est la société humaine, il y a des satellites qui vont interférer et feront l'objet d'un approfondissement par cette science. Le droit est un de ces satellites il est étudié par rapport à la trame principale qu'est cette société. "Observer le droit du dehors, c'est le travail du sociologue quand il spécialise au droit sa discipline ordinaire" (69). Il ne s'intéresse pas au droit pris en lui-même comme objet de recherche, mais à l'un de ses aspects, à savoir ce qui est juridique, c'est-à-dire au droit revêtu de sa forme. La sociologie juridique est plus une approche des phénomènes sociaux qu'une approche de ce qu'est le droit. De fait, lorsque M. le professeur Carbonnier se vêt du manteau du sociologue il nous propose une esquisse du droit qui n'est que la réception du juridique par le corps social. La réflexion porte essentiellement sur l'application au sein des groupes des règles de droit, sur leur effectivité ou le pourquoi de leur ineffectivité (70). En somme, si l'approche sociologique est nécessaire pour appréhender la réalité du droit entendue comme le "résultat" des règles de droit promulguées par rapport à celui qui avait été escompté, et peut-être permettre d'apprendre des erreurs commises, pour le gouvernement de la Cité elle n'est pas compétente pour déterminer ce qu'est le droit puisqu'elle ne s'intéresse qu'aux règles de droit. C'est pourquoi, une critique peut être adressée à l'auteur du "non-droit", celle de ne pas toujours spécifier s'il entend parler dans ses écrits en qualité de sociologue ou de juriste proprement dit. En effet, si l'article portant sur l'ineffectivité et faisant l'objet d'une publication dans "L'année sociologique" nous renseigne sur les intentions de l'auteur, il n'en va pas toujours ainsi "L'hypothèse du non-droit", en 1963, figure dans les archives de philosophie du droit, or cette hypothèse se veut une analyse sociologique. Mais la sociologie est "la science du développement et de la constitution des sociétés humaines" alors que la philosophie est "l'étude des principes et des causes ou système des notions générales sur l'ensemble des choses" (71) La philosophie du droit est l'étude de cette chose qu'est le droit, alors que la sociologie du droit s'intéresse à ce qui est qualifié de droit dans sa science propre "Ce qui est qualifié" par hypothèse ne sera pas le droit par essence. On qualifie les règles régissant les rapports humains en société de règles de droit, mais elles ne sont pas le droit ; elles conservent leur nature propre de règle qui est de régler. Réduire le droit à cette fonction de régulation c'est plus emprunter à la nature des règles qu'à la nature du droit (72). Par suite, lorsque l'on approche le non-droit et symétriquement le droit d'un point de vue sociologique -ce qui est droit- on se doit de respecter la différence fondamentale qui sépare l'approche du sociologue de celle du juriste ; M. le professeur Carbonnier n'établit pas de distinction tranchée même s'il la prône. De la notion de non-droit, au plan sociologique, il a fait une notion se voulant opératoire dans la définition même du droit, le réduisant à n'être qu'un phénomène de contrainte extérieure.

Le juriste, lui, est à l'intérieur même des mécanismes juridiques. L'approche juridique s'opère "du dedans", en ce sens que le juriste est par hypothèse un professionnel des règles de droit ; mais trop souvent l'approche juridique réduit le

(68) "La sociologie (...) le mot est hybride car "socio" est un terme latin qui fait référence à un regroupement massif d'hommes, et "logie" est le mot grec qu'on utilise pour dire exposé scientifique" Alvaro d'Ors, Introduction à l'étude du droit, P.U. Aix Marseille, 1991, p. 20.

(69) Jean Carbonnier : "Il y a plus d'une définition dans la maison du droit". Droits 1990, t. 2, p. 5.

(70) Jean Carbonnier, "Effectivité et ineffectivité de la règle de droit", L'Année sociologique 1957-1958, p. 3.

(71) Définition du Littré

(72) "Épistémologie juridique", 1e éd. 1985, C. Atias, Coll. droit fondamental, P.U.F.

droit à son caractère d'autorité en ce qu'elle s'intéresse au droit posé (73). Elle se refuse parfois -consciemment ou non- à chercher au-delà la nature même du droit. Le juriste rencontre alors le même écueil que le sociologue celui de s'arrêter aux règles de droit, au droit positif.

L'expression droit positif en elle-même comporte un certain danger, un danger d'exclusivité tel que le dénonce M. le professeur Atias : "Tant que l'expression ne renvoyait qu'à la décision des autorités habilitées, elle pouvait être employée sans exclusive pour désigner l'un des aspects du phénomène juridique, son aspect positif distingué de son aspect naturel. Il n'en est plus de même lorsque parler du droit positif revient à nier l'existence du droit naturel Droit positif devient alors synonyme de vrai droit en opposition à droit imaginaire" (74).

Autre danger, celui de réduire le droit à des règles, la régulation est l'apaisement du conflit qui n'est pas toujours la recherche de la solution juste, ainsi qu'un danger d'automatisation rapporté avec clairvoyance par M. le professeur Carbonnier : "À la connaissance-culture se substitue la connaissance-flash, la documentation du droit. Ce changement que l'informatique juridique est en train de précipiter, n'est pas non plus dénué d'effet pervers, car il accoutume les praticiens à se documenter par un instantané sur l'état actuel de quelques segments du droit, alors que dans un système juridique, chaque partie devrait être solidaire de l'ensemble et solidaire aussi de son histoire" (75).

L'approche juridique du droit est tout aussi nécessaire que l'approche sociologique. Elle traduit ce qui est droit, mais ne percevant le droit qu'au travers des règles de droit, elle ne s'attache qu'à la fonction instrumentale de ces règles. Le droit est alors perçu comme un besoin pour l'homme, un besoin empreint d'aliénation. C'est quelque chose de nécessaire pour éviter le désordre, l'anarchie, en ce sens il ne se conçoit que de manière négative.

C'est aussi à cette conclusion qu'aboutit M. le professeur Carbonnier pour qui le droit est un mal nécessaire, conclusion qui ne peut se comprendre chez cet auteur que dans une perspective théologique de la question.

L'auteur fait sienne l'idée selon laquelle la loi est liée à l'existence du mal et que le mal disparu, la loi sera vouée à disparaître. Il y a condamnation explicite de la loi : "Même par ses traits les plus innocents, parce que les plus techniques, l'œuvre de la loi porte la marque d'un ouvrier trop humain. Parce qu'elle est force obligatoire et exécution forcée, la loi est rigueur et violence, alors que l'appel évangélique est à la charité et au pardon. Parce qu'elle ambitionne d'être universelle et perpétuelle, elle est démesure et orgueil, alors qu'elle devrait savoir que tout ce que fait l'homme est fragmentaire et périssable. Parce qu'elle se croit en possession de la vraie justice, elle distribue et rétribue selon les mérites, alors que tout devrait se donner par grâce. Oui, le royaume des lois, le règne de la loi est de ce monde" (76).

L'appartenance à une confession n'est pas sans incidence dans la vie d'un homme, plus encore elle est déterminante ! Que ce soit dans la façon de penser, de vivre, dans le travail ou dans l'intimité familiale, partout et toujours se retrouve l'homme de foi. L'approche théologique se justifie par le fait même qu'elle est le début et la fin, l'alpha et l'oméga de toute vie humaine et élève toute chose dans la perspective des fins dernières. Chez M. le professeur Carbonnier, cela se traduit par une primauté chronologique mais aussi apocalyptique du non-droit sur le droit. Ce qui l'amène au conseil suivant : "Non, le droit n'est pas tantôt mal, tantôt bien,

(73) Le mot autorité ici s'entend de l'organe qui a le pouvoir d'imposer et non de l'autorité au sens de celui qui a l'auctoritas.

(74) "Quelle positivité ? Quelle notion de droit" ?, APD 1982, p. 211.

(75) "L'inflation des lois", revue des sciences morales et politiques, 1982, n° 4, p. 695.

(76) Essais sur les lois, "Toute loi en soi est-elle un mal ?", Rép. Not. Def. 1979, p. 296.

suivant des cas dont nous posséderions le critère. Il est bien et mal à la fois, avec ambiguïté, comme toutes les choses de ce monde. Sachant qu'il a été donné pour brider le mal, ils en useront avec sobriété. Ce que les théologiens appellent sobriété, c'est ce que des constitutionnalistes ont appelé parfois auto-limitation. Praticiens, magistrats, législateurs, tous les juristes, instruits au mal, observeront, dans l'exercice de leur vocation, une autolimitation salutaire : au cœur de cette autolimitation éclora le non-droit" (77).

La thèse proposée par M. le professeur Carbonnier est fort séduisante en ce qu'elle exalte la Toute-Puissance divine et exacerbe la pratique des vertus humaines et surnaturelles, mais tend à des conclusions par trop péremptoires. S'il est vrai que les lois humaines restent imprégnées de la nature pécheresse de l'homme et "appartiennent au règne du monde", on ne peut tirer de cette démonstration, ni la conclusion de l'absence de toute loi aux origines ou à la fin des temps, ni la conclusion d'une loi tirant ses racines de l'existence du mal, et encore moins établir l'impossibilité pour la nature humaine de progresser vers le juste, c'est-à-dire vers la loi naturelle par un acte de l'intelligence. C'est ce que nous allons essayer de démontrer.

L'absence de loi aux origines : St Paul nous dit : "Jadis, au temps où j'étais sans loi, je vivais, mais le commandement est venu, le péché a pris vie, et moi je suis mort" (78). St Paul fait ici référence au début des temps (Gén. 2. 3), "j'étais sans loi", c'est-à-dire qu'aux origines il n'y avait pas la loi. Il entend par loi, la formulation des dix commandements et toute la loi ancienne formant le droit positif divin. On ne peut en déduire l'idée selon laquelle avant le péché originel, nos premiers parents auraient été sans loi, au sens plénier du terme, qui est l'ordonnement de la création, tel qu'établi par le Créateur de toute chose. La preuve en est que lors de la création, il y a détermination de la nature de chaque chose créée et de la capacité de chaque chose à coopérer à cette création. Dès le début, il y a une loi, il y a un ordre, ainsi l'homme est destiné "à soumettre et cultiver la terre". Il ne peut y avoir primauté chronologique du non-droit, l'ordre est présent mais n'a pas besoin de formulation intellectuelle, il est. L'apparition d'une loi posée a été nécessaire parce que la loi naturelle n'a pas été respectée, mais elle est révélatrice de celle-ci et non de l'absence de loi. D'ailleurs, le fait même de dire que la loi est liée à l'existence du mal et donc au péché originel ne tient pas. Le péché originel implique qu'il y a transgression, et qui dit transgression implique qu'il y ait eu quelque chose à transgresser, à savoir le bien. Tout comme aux origines, on ne peut soutenir l'absence de loi à la fin des temps. Certes, il y aura disparition de cette loi humaine tant dénoncée par M. le professeur Carbonnier, puisque l'avènement de la fin dernière -plénitude des temps- aura pour corollaire disparition de tout moyen temporel. La loi humaine ne sera plus, non parce que le mal aura disparu, mais parce qu'il ne s'agira plus ni dans l'intention, ni dans l'exécution pour l'homme de progresser. Il verra son dynamisme achevé dans la vision béatifique, réalisation de sa loi immanente : "Le trône de Dieu et de l'Agneau sera dans la ville ; ses serviteurs le serviront et ils verront sa face et son nom sera sur leurs fronts" (79).

On s'aperçoit au terme de ces différentes approches de la diversité des dimensions que peut prendre le droit. Pour autant le droit en lui-même ne change pas, parce qu'il repose sur l'observation de la nature telle qu'elle apparaît au sein de l'espèce qu'est l'humanité. Ceci nous permet une approche du droit en tant que mesure objective.

(77) Essais sur les lois, "Toute loi en soi est-elle un mal ?", Rép. Not. Def. 1979, p. 297-298.

(78) Épître aux Romains - VII-9.

(79) Apocalypse. XXII.3.

### *B - Approche d'une mesure objective*

"Il est d'usage que les mots soient détournés de leur acception première en vue de signifier d'autres choses (...). Le mot droit a été utilisé d'abord pour signifier la chose juste en elle-même, puis il a désigné l'art de discerner le juste, ensuite le lieu même où se rend la justice, comme quand on dit de quelqu'un qu'il a comparu en justice ; et enfin l'arrêt, fut-il inique, rendu par celui qui est chargé de faire justice" (80).

Pour approcher le droit, chercher à analyser cette notion, l'approche strictement juridique ne peut suffire, tel que le laisse présager l'auteur précité. En effet, "juridique" est un adjectif qualificatif et l'approche juridique comme nous l'avons développé est plus l'étude de ce qui est qualifié de juridique, que du qualificatif lui-même. Elle s'intéresse plus à la règle de droit, c'est-à-dire à la forme du droit (loi, jugement...) qu'au droit en sa substance, ce qu'il est au fond. Or, il est patent que la règle de droit n'est pas toujours droite, il est des lois positives injustes (81). Pareillement, il est des arrêts de la Cour de cassation, contraires au droit, mais conformes à la loi (82). Les règles de droit obéissent à divers impératifs et notamment à des impératifs de prudence politique, de tranquillité au sein de l'ordre public qui ne sont pas toujours ceux de la justice.

C'est une chose différente de traiter de la règle de droit ou du droit. Le droit lui n'opère pas de choix entre différents impératifs, il n'est pas intellectuel, il n'a pas de volonté autonome, mais il est réel. L'approche du droit est celle d'un donné objectif inhérent aux choses et aux êtres. "Le droit n'est pas quelque chose de mental, ni une création de la raison, c'est vers le réel objectif qu'il nous reporte et c'est vers lui qu'il faut se tourner pour étudier la notion" (83). Le droit est dans la définition de la justice, du "suum cuique tribuere", c'est-à-dire à chacun ce qui lui est dû. Le droit, c'est "ce qui" est dû à autrui. Il est contenu dans "ce qui" exprimant l'idée d'une détermination objective. Le droit est alors la chose juste, ce "ni plus, ni moins" caractéristique de l'ajustement des choses et des êtres. Ce qui est juste est le droit : "nous appelons juste en effet dans nos œuvres ce qui correspond selon une certaine égalité à autre chose" (84). Le droit est cette égalité, cette mesure des choses. Il y a un dû donc un objet que l'on peut revendiquer comme sien -obligation subjective- et une personne qui peut le revendiquer -autrui- le droit supposant donc une relation d'altérité. Dans la formule du "suum cuique tribuere" nous trouvons l'expression du droit subjectif et du droit objectif. Le droit subjectif n'est qu'un pouvoir de revendication de ce qui est dû. Il ne se comprend que par rapport au droit objectif -ce qui est- mais ne le détermine en rien. "Ce qui est" est la mesure de ce qui revient à chacun. Le droit étant la position juste, l'ajustement entre les choses et les êtres, il est ce qui doit être d'où un caractère de normativité.

S'interroger sur le droit, c'est poser la question : qu'est-ce qui est dû à autrui, quelle est la part des choses de chacun. Comment y répondre et donc comment déterminer le droit ou encore comment déterminer cette égalité ? "Cela peut se produire de deux façons : de par la nature même des choses, par exemple si je donne

(80) St Thomas d'Aquin, Somme théologique, IIa II ae, Qd 57, art. 1.

(81) Stérilisation obligatoire des hommes en Inde par l'Organisation Mondiale de la Santé ; limitation du nombre d'enfants en Chine.

(82) Voir certains arrêts de cassation pour manque de base légale, alors que la solution des juges du fond aurait été justifiée au vu de l'équité, de la justice.

(83) J.-Th. Delos, annotateur de la Somme théologique, éd. de la Revue des jeunes 1948, p. 230.

(84) St Thomas d'Aquin, Somme théologique, IIa II ae, Qd 57, art. 1.

tant pour recevoir autant, alors c'est le droit naturel - ou bien par convention, d'un commun accord, lorsque quelqu'un s'estime content de recevoir autant" (85).

De la nature même des choses : exemple concret du droit que l'on trouve dans l'objet même de la prestation : si Pierre prête à Paul une quantité déterminée d'un objet donné, Paul devra restituer la même quantité du même objet à Pierre. Nous avons là une expression du droit à l'état pur. Il découle de la nature de la chose objet de la prestation et fait qu'il y a relation juridique entre Pierre et Paul. L'objet de la prestation dans le domaine contractuel permet de dire s'il y a droit ou non. Le droit subjectif de chaque contractant se mesurera alors sur le droit objectif qui est l'objet du contrat. Si l'obligation de l'un est cause de l'obligation de l'autre et réciproquement, l'obligation de rendre à autrui n'est pas la cause du contrat. Ce pouvoir de revendication n'intervient qu'à titre consécutif et n'est pas l'élément constitutif du droit. Cela signifie que le contrat d'un tueur à gage ne sera pas du droit bien qu'il y ait obligations réciproques, parce que l'objet de la prestation va à l'encontre de "ce qui est" dû à autrui, en l'occurrence la vie. Ce qui fait dire à M. le professeur Sériaux : "En examinant la raison d'être de tel ou tel engagement l'on découvre s'il est ou non raisonnable. À défaut l'engagement tombe faute de cause pour le soutenir. Il perd son caractère équitable" (86).

On pourrait rétorquer que le droit peut résulter d'une convention, d'un accord entre deux ou plusieurs volontés sur "ce qui est". Dans ce cas, le droit n'est pas obligatoirement dans la nature des choses, il est le fruit de la volonté de l'homme. Par suite le droit n'est pas objectif mais subjectif. Certes, il y a place pour la volonté humaine dans la détermination du droit, de "ce qui est", tel que d'ailleurs le reconnaît St Thomas : "La volonté humaine peut, en vertu d'une convention commune, faire qu'une chose soit juste", mais il ajoute qu'elle ne le peut que "parmi celles qui d'elles-mêmes n'impliquent aucune répugnance avec la justice naturelle. Et c'est là qu'il y a place pour le droit positif" (87). Le droit positif sera soit la formulation du droit naturel dont il devient alors le support, soit la formulation de ce qui doit être -décidé d'un commun accord- à la condition expresse que cette décision commune ne soit pas contraire au droit naturel. C'est pourquoi, si le juste légal peut être indifférent au juste naturel, il ne doit pas lui être contraire sous peine de devenir un légal injuste, une loi injuste, un droit positif injuste qui ne serait plus du droit.

En dernière analyse, le procédé de détermination du droit repose sur l'observation de la nature permettant ce "ni plus, ni moins" mesure du juste et dans l'analyse du droit positif en tant qu'il repose sur le juste naturel ou tout au moins ne le contredit pas.

Qui dit observation, dit un observateur chargé de découvrir cette mesure. C'est alors la prudence du droit, et le recours à la raison dans la détermination du "ni plus, ni moins". "En matière de justice : la raison ne détermine une œuvre juste qu'en vertu d'une notion préexistant dans l'esprit, et qui est une sorte de règle de prudence. Écrite on lui donne le nom de loi (...). C'est pourquoi, la loi n'est pas proprement parler le droit, mais plutôt la règle de droit" (88). La règle du droit est l'instrument de détermination de "ce qui est" dû. Elle aura toujours un caractère normatif quand elle puisera ses racines dans le droit, en ce qu'elle sera indication directrice. Si la règle de droit se limite à être une régulation, un équilibre politique sans engagement directeur des conduites humaines, elle n'est alors que réglementation n'impliquant aucune dynamique dans la détermination du juste naturel ; sa validité subsistera pour des raisons politiques d'organisation sociale, non plus pour une raison juridique.

(85) Ibid, art. 2.

(86) "Les obligations", n° 8, PUF "Droit fondamental", 1992.

(87) Supra, Qt 57, art. 2.

(88) St Thomas d'Aquin, Somme théologique, IIa II ae, Qt 57, art. 2.

Mais si cette réglementation va à l'encontre du droit naturel, elle n'est plus règle de droit et il ne sera pas légitime de lui reconnaître le caractère normatif inhérent au droit. L'observateur chargé de déterminer "ce qui est" dû pourra être toute personne douée de raison. Ce peut être chacun d'entre nous dans nos relations privées, le magistrat, le législateur dans la Cité, à condition de se poser comme "un tiers impartial et désintéressé". Ce peut être l'individu dans l'analyse de sa propre cause, mais ce n'est pas le plus facile. L'homme n'étant pas un esprit purement rationnel, mais étant fait de chair et d'os, il est difficile de lui demander à la fois d'être juge et partie. C'est l'une des raisons qui permet de critiquer le non-droit qui, lui, prône la reconnaissance de toute compétence à l'individu dans la détermination de ce qui lui est dû.

## § 2 - ... à l'analyse critique du non-droit

Le non-droit-est une notion discutable (A) et s'il doit s'analyser en fonction de ce qu'est le droit, il ne peut se comprendre que comme une reconnaissance à côté de l'autorité étatique, d'une pluralité d'autorités tout aussi compétentes pour formuler le droit (B).

### A- Le non-droit : une notion discutable

La notion de non-droit est une notion discutable en ce qu'elle part d'un retrait du droit, or le droit n'est pas une valeur intellectuelle, mais une mesure, un "ni plus, ni moins". Il peut y avoir choix de la société, de l'individu pour des solutions caractéristiques d'une négation du droit, mais dans ce cas-là c'est un choix délibéré pour l'injustice qui relèverait plutôt de la pathologie. Le non-droit reviendrait alors à être de l'anti-droit, entendu comme contraire au droit. Or, dans "l'hypothèse du non-droit", il nous est dit : "Ce n'est pas bien entendu, l'anti-droit, le droit injuste, qui est un phénomène positif" (89).

C'est pourtant ainsi que peut s'analyser l'un des aspects du non-droit -le désengagement des règles de droit- qui aboutit au pluralisme législatif. Il conduit à une distorsion entre ce qu'est le droit et la règle de droit, ce qui est qualifié de droit.

Ainsi, la loi sur le divorce du 11 juillet 1975 porte atteinte à la nature du mariage qui est ce don mutuel et exclusif (par conséquent indissoluble) en vue de la procréation, au besoin naturel de la stabilité du cadre dans lequel s'accomplit l'éducation des enfants. Cette loi est une loi injuste, contraire au juste naturel et qui partant ne peut plus être qualifiée de règle de droit. La législation quand elle se désengage se coupe de son souffle créateur qui est la position naturellement juste que ce soit dans les rapports interindividuels ou sociétaires. Le désengagement des règles de droit par rapport à ce qu'est le droit -la mesure des choses et des êtres- fait que ces règles n'ont plus le caractère de leur qualificatif : "de droit". Car "une loi n'est loi qu'autant qu'elle dérive du droit naturel, celle qui s'en écarte est une corruption de la loi" (90). La loi n'est plus alors qu'une réglementation optionnelle en fonction de critères qui n'appartiennent plus au jus. Nous trouvons ici une déviance à laquelle conduit la théorie du non-droit, entendue de désengagement, relevant toute légitimité à l'ordre juridique qui se borne à être : "Un corps de règles ordonnant la vie en société de façon à éviter l'anarchie entre les membres du corps social" (91).

(89) Jean Carbonnier, APD 1963, p. 55.

(90) St Thomas d'Aquin, Ia II ae, q. 95.

(91) Christian Larroumet. Dt Civil, t. 1. Introduction à l'étude du droit privé, Economica 1984.

Notion discutable aussi dans la perspective d'un droit du non-droit : le droit du non-droit est caractérisé par le rejet de la contrainte extérieure (pression juridique, pression sociale), par une imitation du "droit officiel", par une compétence de l'individu, par le recours aux arrangements amiables. Mais quelle est sa définition intrinsèque ? Toute définition s'entend de ce par quoi une chose est ce qu'elle est. Les apparitions fugitives du droit du non-droit dans les écrits de M. le professeur Carbonnier ne nous en donnent pas de définition. Il n'apparaît jamais en lui-même, pour ce qu'il est, mais toujours "par rapport à" ; par rapport au droit officiel, par rapport à l'individu... Une chose est sûre, le droit du non-droit ne comprend pas la justice dans sa définition, au sens du "suum cuique tribuere". Tout au plus retrouve-t-on l'idée de droit subjectif, au sens de pouvoir de revendication par un individu de ce qui lui est dû par un autre individu. Mais ce qui est dû est fixé par l'individu, ce peut être juste ou injuste, bien ou mal, l'important est qu'il y ait accord des volontés sur ce qu'ils se sont fixés. Tout ceci, en raison d'une philosophie individualiste tendant à poser la personne humaine comme un absolu qui trouve en elle-même sa propre source et sa légitimité. Sous cet angle, l'individu étant l'absolu, tout le reste ne peut-être que relatif.

Un tel raisonnement s'oppose à toute idée de régulation sociale puisque le droit du non-droit sera toujours particulier dans son élaboration. En outre, posant l'individu pour absolu, il a pour conséquence une primauté de celui-ci sur le groupe. La perspective de cette philosophie qui tend en notre XXème siècle à se répandre empêche toute intervention du groupe pour une direction des conduites humaines. L'homosexualité en est un exemple. Si elle est présentée comme un problème de société, il n'en reste pas moins que c'est à l'individu de le résoudre. Prôner l'individu pour absolu au lieu de proclamer la personne humaine sacrée, c'est s'interdire toute intervention régulatrice de son comportement. Seul le caractère sacré de la personne permet son respect -dans notre exemple, le respect de l'homosexuel- tout en laissant une liberté de jugement sur le comportement en lui-même, sur le point de savoir si l'homosexualité est un bien ou un mal.

L'unique aspect intéressant dans l'idée du non-droit est celui de la pluralité des "droits". Dans cette hypothèse, à ce qu'il semble la réalité du non-droit est d'être un retrait des règles de droit étatique. L'analyse de ce qu'est le droit et de la loi permet d'établir qu'il s'agit moins du droit que de la loi dont il est question ici, au sens de règles coercitives, manifestation du pouvoir étatique. Cet aspect du non-droit conduit à reconnaître une pluralité d'observateurs compétents pour déterminer ce qu'est le droit, "ce qui est" dû à autrui. C'est pourquoi, plutôt que d'employer le mot droit au pluriel -la pluralité des "droits"- il est plus juste de parler de la pluralité des autorités chargées de reconnaître le droit.

### *B - La pluralité des autorités chargées de formuler le droit*

En matière familiale, la théorie du non-droit a surtout été retenue par la doctrine ou dans l'élaboration des règles de droit comme un désengagement de ces règles. Dans le domaine patrimonial et plus particulièrement concernant la vie des affaires, l'aspect du non-droit qui semble avoir prévalu est celui d'un retrait de l'autorité étatique au profit d'autres autorités pour formuler le droit, en des domaines, tels les domaines du travail, des relations internationales ou encore de l'entreprise.

Ainsi, selon M. François, le non-droit du travail consiste en un retrait du droit étatique qui est remplacé par "un droit autonome du travail". Il permet l'érection "d'ordres juridiques non-étatiques". Le non-droit consiste "en abstentions remarquables de production de normes étatiques" pour laisser place -volontairement ou involontairement- à un droit résultant de personnes privées. Il va s'agir de

l'entreprise ou encore du droit plus éphémère "dont la sanction est la grève (et qui) consiste dans le rapport existant entre une coalition et l'employé menacé de grève" (92). Le non-droit dans les relations commerciales internationales, selon M. Kahn, ce serait le fait "d'une société autonome des commerçants internationaux" avec pour fondement la *lex mercatoria*. Moins que du non-droit, il s'agit plus d'un droit en dehors de la loi étatique, ou plutôt pour reprendre l'expression de l'auteur d'un droit "sans loi" c'est-à-dire sans formulation d'une puissance publique. "Le contrat clés en main FOB", "le contrat produits en main", "les contrats d'assistance technique clés en main" en sont des exemples (93).

Quant au juriste d'entreprise, il est des exemples où le recours à la négociation, aux accords, aux usages, le refus des instruments étatiques coercitifs pour résoudre les conflits entre partenaires économiques est plus efficace que le recours à la voie judiciaire. Cette solution fait appel à la voix de la raison entre les parties en cause qui vont essayer de déterminer ensemble la position juste. Et le directeur de l'école liégeoise de Management de conclure : "Puisse le présent séminaire aider les juristes d'entreprise à tirer le meilleur parti possible de situations de non-droit par voie de négociations honorables pour lesquelles la coutume internationale, les principes de droit commun, le droit naturel, la déontologie peuvent contribuer à trouver des solutions justes même en l'absence du droit", entendu nous semble-t-il des règles formulées par la puissance étatique (94). Ce second aspect du non-droit ne nous paraît pas en soi critiquable. En revanche, le non-droit entendu comme pluralisme législatif par un désengagement des règles édictées par les parlementaires est critiquable. Il est négation du droit. Il laisse tous pouvoirs à la conscience individuelle de chaque citoyen qui prendra option pour l'un des modèles légaux qui ne sont plus obligatoirement des modèles du droit. Il fait du droit l'apanage d'une élite, ceux qui ont les capacités pour percevoir et vivre le juste, pour déterminer ce "ni plus, ni moins" (voire pour le dépasser), la loi étatique et plus largement l'ordre politique se refusant à toute fonction pédagogique. Ce danger devrait être évité selon M. le professeur Carbonnier grâce au remplacement du droit par d'autres normes de régulation.

## Section 2 - Du droit et des autres normes de régulation

C'est dans le principe de la multiplicité des normes régissant les conduites humaines que M. le professeur Carbonnier a fondé l'idée selon laquelle à côté du droit se trouvent d'autres normes de régulation des rapports humains en société (§ 1) ce qui nous amène à nous interroger sur ce qu'est cette régulation (§ 2).

### § 1 - La multiplicité des normes : l'internormativité

L'un des aspects du non-droit par sa négativité ("non") est de s'opposer à la compétence du droit en différents secteurs de la vie sociale pour permettre son remplacement par d'autres normes : "La reconnaissance par-dessus la haie de cette réalité multiforme qu'est le non-droit pourrait bien être la clef d'une stratégie législative (...). Le pouvoir d'interdire a été transféré du droit aux autres systèmes de normes, les mœurs, la morale, la religion (...)" (95). La politique du non-droit ne se

(92) "Le non-droit du travail" in "L'hypothèse du non-droit" XXXe séminaire de la Commission droit des affaires, octobre 1978, p. 92-95-98.

(93) "L'essor du non-droit dans les relations commerciales internationales et le contrat sans loi", p. 241, 242, 243, *ibid.*

(94) "Le juriste d'entreprise et le choc de l'imprévisible", *ibid.*

(95) "Essais sur les lois", *Rep. Not. Def.* 1979, p. 240, 241.

limite pas à détruire mais se préoccupe de construire les rapports en société en utilisant d'autres matériaux que le droit, notamment la morale (A) la religion (B). L'étude de ces deux notions connexes au droit permettent à notre sens d'établir que s'il y a multiplicité des normes il n'y a pas pour autant internormativité. Ces normes bien qu'ayant un même objet -les hommes- n'ont pas le même domaine d'intervention. Tant et si bien que leur reconnaître légitimité pour opérer la régulation sociale au lieu et place du droit serait non seulement une incongruité mais qui plus est une politique extrêmement dangereuse pour le corps social.

#### A - Droit et morale

M. le professeur Carbonnier illustre le bien-fondé de la politique du non-droit en partant de la famille (96). Il doit y avoir neutralité de la loi en des domaines où seules les mœurs et les consciences individuelles ont désormais compétence. Ce pluralisme législatif débouche alors sur le pluralisme normatif. Ce pluralisme c'est celui des convictions morales de chaque individu et par extension de chaque famille au sein de la société. C'est pourquoi, nous ne partageons pas l'affirmation de l'auteur du non-droit lorsqu'il prétend que "les désengagements récents du droit ne sauraient être confondus avec une abdication de la collectivité" (97). En effet, retirer tout rôle directeur au droit et le donner à la morale de chaque individu, c'est empêcher toute régulation directrice des comportements par une relativisation de la morale. Il n'y a plus "la" morale, mais chacun a "sa" morale (98).

Proche de la philosophie des droits de l'homme dire "à chacun sa famille à chacun son droit" tend à nous faire accroire que l'ordre sociétair n'est que le résultat des volontés humaines ayant pour moyen d'expression des habitudes. Les coutumes propres à chaque famille seraient autonomes de tout enseignement universel sur la nature même des êtres et des choses. De la diversité des tempéraments, des caractères, des mœurs au sein de la famille, on conclut qu'il n'y a point de schéma familial naturel. Répondons avec Portalis : "Autant aimerais-je que l'on argumentât de la diversité des langues pour prouver que le don de la parole n'est pas une faculté naturelle et universelle chez les peuples" (99). L'aboutissement d'un tel raisonnement est d'anéantir toute régulation sociale. On ne peut prétendre au remplacement de la loi par une autre norme, en l'occurrence la morale, dès lors qu'elle se réduit à être l'objet des consciences individuelles et voit son contenu changer au gré des individus. En ce cas la morale ne peut prétendre à un caractère normatif.

L'idée d'un relais du droit par la morale est cependant judicieuse lorsque la morale s'entend d'une morale objective au sens de ce qui conduit l'homme à rechercher le bien humain. "Le bien n'est en définitive, rien d'autre que le droit au sens strict ou au sens analogique. Bonum et justum convertuntur. Est moral ce qui

(96) "Chaque famille est un réseau tremblant où s'entrecroisent les imprévisibilités de deux destins individuels et même usuellement de quatre destins sinon davantage. Devant ces millions de microcosmes tous irréductibles qu'il y aurait lieu d'explorer, on conçoit que l'investigation scientifique se décourage". C'est pourquoi "le nouveau dans les réformes du droit de la famille ce ne serait pas la conception de la famille, ce serait la conception du droit. Le législateur a renoncé à privilégier un schéma familial au détriment des autres, et qu'il a plutôt cherché à se donner les moyens d'une législation sceptique". Essais sur les lois, chap. 10, Rep. Not. Def. 1979, p. 173.

(97) Ibid, p. 260.

(98) Or, "livrer la morale à l'opinion subjective des hommes qui change suivant les fluctuations du temps (...) c'est ouvrir la porte toute grande aux forces destructrices. L'abandon, qui en résulte, des éternels principes d'une morale objective, pour l'éducation des consciences, pour l'immobilisation de tous les domaines et de toutes les organisations de la vie, c'est un péché contre l'avenir du peuple, un péché dont les générations futures devront goûter les fruits amers", Pie XI, Mit Brennender Sorge, 1937, n° 35.

(99) De l'esprit philosophique - in - Écrits et discours juridiques et politiques PUAM 1988, p. 251.

est droit" (100). Le droit au sens strict s'entend du "suum cuique tribuere" tel que nous l'avons développé, il intéresse l'ordre de la cité.

Le droit au sens analogique est l'extension de cette mesure de cette position juste à l'ordonnement de la multiplicité de notre être. La justice d'un point de vue moral ou le droit au sens analogique concerne l'homme intérieur. Il intéresse l'ordre au sein même de l'individu. Le mouvement naturel qui conduit l'homme à une inclination vers ce qui lui plaît et une répulsion de ce qui ne lui plaît pas, doit être passé au crible de la raison. Cela relève de cette évidence depuis Socrate selon laquelle ce qui plaît n'est pas automatiquement ce qui est bon. Par suite, rechercher le bien dans l'ordre de nos passions exige la découverte du juste milieu entre deux excès : entre la lâcheté et la témérité se trouve le courage. Si l'intelligence permet de trouver cette mesure, seule la volonté permet de l'imposer.

La justice d'un point de vue moral est connexe à la justice d'un point de vue social ou encore le droit au sens analogique, l'est du droit au sens strict. Que chaque homme commence par acquérir et vivre la vertu de justice au point de vue moral et cela contribuera à ce que la justice règne dans l'ordre sociétair.

Mais si droit et morale sont connexes, il ne peut toutefois y avoir qu'un relais du droit par la morale et non substitution car leur détermination et leur domaine d'intervention diffèrent :

- L'acte droit est le même pour tous. "On donne le nom de juste avec toute la rectitude de justice qu'il comporte, à ce à quoi l'acte de la vertu de justice aboutit sans même s'inquiéter de la façon dont le sujet l'accomplit, alors que pour les autres vertus, c'est au contraire la façon dont le sujet agit qui sert à déterminer la rectitude de ce qu'il fait. De là vient que l'objet de la justice, contrairement à celui des autres vertus, se détermine en lui-même, spécialement et porte le nom de juste. Et c'est précisément le droit" (101). Le droit s'analyse dans la chose.

- L'acte moral est toujours singulier. Le moral s'analyse dans le sujet. Toutefois qui dit singulier ne dit pas subjectif. L'acte moral reste intrinsèquement objectif. En ce sens que si dans l'absolu il pouvait exister deux personnes identiques, elles connaîtraient de la même mesure dans l'ordre de leurs passions. Seul le jugement moral qui établit la rectitude d'intention d'un individu est subjectif. Il prend en compte non seulement l'état du sujet, mais aussi la qualité du sujet, c'est-à-dire le plan de sa vie intérieure, ses forces et ses faiblesses, tout ce qui fait qu'il est unique. En conséquence, ce qui doit être pour X ne le sera pas pour Y, c'est pourquoi on conçoit mal comment il pourrait y avoir substitution de la morale au droit en tant que régulation des rapports humains en société.

### *B - Droit et religion*

Le recours à des normes autres que juridiques pour décider ce qui doit être dans les rapports en société est incongru, tel que nous l'avons vu pour la morale, mais il peut être aussi dangereux. Laisser à chacun le choix de ses règles en fonction de ses convictions et sans égard à un ordre collectif enlève toute homogénéité au système social. Le risque est aussi celui d'une confusion entre la loi naturelle et la loi religieuse.

On préconise le non-droit par un pluralisme législatif ayant pour corollaire un pluralisme normatif en matière familiale : ceux qui ont des convictions religieuses seront libres, nous dit-on, de vivre un mariage indissoluble, pour les autres le ma-

(100) Alain Sériaux, "Du neuf et de l'ancien sur la distinction du droit et de la morale : premières vues", *Persona y derecho*, 1991, t. 2, n° 25, p. 1

(101) St Thomas d'Aquin, *Somme théologique*, IIa II ae, Qd 57, art. 1.

riage peut se concevoir comme un contrat à exécution successive dont la résiliation est possible ad nutum (ex-divorce par consentement mutuel). L'indissolubilité est réduite à son caractère religieux tel par exemple pour les catholiques, ce passage de St. Matthieu (St. Matt. 19) : "N'avez-vous pas lu que le Créateur, au commencement, fit un homme et une femme et qu'il dit : à cause de cela, l'homme quittera son père et sa mère et s'attachera à sa femme, et ils deviendront les deux une seule chair ? Ainsi ils ne sont plus deux mais une seule chair. Que l'homme ne sépare donc pas ce que Dieu a uni".

Mais avant d'être une vérité religieuse, l'indissolubilité du lien matrimonial est une vérité naturelle, et en cela elle concerne tous les hommes. C'est pourquoi, établir son obligatorité en fonction de chaque individu est une erreur : "Le vœu de la perpétuité dans le mariage étant le vœu de la nature, il faut que les lois opposent un frein salutaire aux passions, il faut qu'elles empêchent que le plus saint des contrats ne devienne le jouet du caprice, de l'inconstance (...)" (102).

En outre, donner compétence à l'autorité religieuse entraîne l'effet pervers d'une réduction du juste naturel à une morale religieuse. Dans notre société, cela a consisté à poser les fondations du droit naturel directement dans le christianisme. Or comme le relevait Portalis, la nature a existé avant la Révélation et la loi naturelle avant la loi chrétienne. C'est avoir du droit naturel une conception fidéiste contraire à l'idée même du droit. Le droit relève moins du sujet (ayant ou non la foi) que de l'objet, de la nature des choses et des êtres, l'attitude du sujet n'importe pas (103). Cette conception engendre des dérèglements :

- lorsque le droit s'entend d'un dogme religieux, il est arbitraire et intolérance. Il suffit pour s'en convaincre de penser à ce à quoi a pu aboutir un droit émanation de l'Église catholique pour les mariages protestants sous l'Ancien Régime.

- autre dérèglement, notre histoire nous montre que cette confusion entre le droit et le religieux lors du retour à la laïcité de l'État a eu pour conséquence désastreuse de détruire l'ordre naturel, sous prétexte qu'il ne s'agissait que d'un ordre ayant son fondement dans la religion. Le non-droit, à notre sens, n'est que le résultat de cette longue évolution en ce qu'il se refuse à reconnaître les mêmes fondements objectifs pour tous en dehors de toute conviction propre à chaque individu.

Le désengagement des règles de droit préconise un individu-roi, indépendant de toutes règles naturelles. Prétendre à ce que chaque individu puisse choisir "son droit" en fonction de ses convictions religieuses (ex. le divorce), c'est reconnaître aussi possible dans notre société la polygamie dès lors que l'individu se dit de confession musulmane, par exemple. En effet, on ne voit pas pourquoi interdire la polygamie au sein de l'ordre sociétair, dès lors que toute référence à la nature de l'espèce humaine est ignorée. Le seul argument à l'encontre d'une telle solution, pour défendre la monogamie, serait que l'intérêt de la société politique doit avoir priorité sur l'intérêt particulier. Cet argument nous semble fragile en ce qu'il faudrait prouver que la monogamie est de l'intérêt de la société (comment font les pays arabes ?), et en ce qu'il établit une opposition entre l'intérêt public et l'intérêt particulier.

## § 2 - La régulation des rapports humains en société

Trois questions nous semblent essentielles pour comprendre la régulation des rapports humains en société :

- Est-ce que la justice est partie prenante dans la régulation de ces rapports ?

(102) Discours préliminaire, "Écrits et discours juridiques et politiques d'Étienne Portalis", PUAM, 1988, p. 41.

(103) Contre une conception fidéiste du droit : Alain Sériaux, "Introduction à l'étude du droit" d'Alvaro d'Ors, note 55-56, PU Aix Marseille 1991, p. 38.

- Pourquoi retrouve-t-on le droit au sein de cette régulation ?
- Comment opérer cette régulation ?

Deux écueils doivent être évités : approcher la société comme une somme d'individus, ou comme une entité autonome d'individus. "Il est manifeste que tous ceux qui vivent en société sont avec elle dans le même rapport que des parties avec un tout. Or, la partie en tant que telle est quelque chose du tout ; d'où il résulte que le bien de la partie doit être subordonnée au bien du tout (104). La société en ce qu'elle est la recherche du bien est intéressée par la justice. Le bien, en effet, n'est rien d'autre que le juste (105).

Le droit est alors au centre de la régulation sociale parce qu'il est cette juste position des choses et des êtres dans les rapports interindividuels ou collectifs. Il est le seul à même de fixer à chacun sa place au sein de l'organisation. Cette régulation sociale s'opère par le recours au droit. Elle prend forme dans des règles de droit qui vont régler les rapports entre les parties et les rapports de la partie au tout. C'est pourquoi, le juridique participe au politique. Il est destiné à réaliser l'organisation sociale.

La recherche du bien est la finalité du droit. La société dans son organisation recherche le bien, elle emprunte donc au droit. Le droit devient alors un élément de la science politique, mais les règles étatiques formulant des solutions de droit ne sont pas tout le droit, elles n'emportent pas l'exclusivité. Toute autorité douée de raison, impartiale et désintéressée pourra dire le droit. Partant, la théorie du non-droit a un intérêt si elle s'entend d'un retrait de l'autorité étatique pour laisser place à d'autres autorités dans la formulation du droit. La reconnaissance d'une autonomie à toute autorité intermédiaire au sein de la société, pour découvrir dans son domaine propre ce qui fait de la théorie du non-droit, une théorie de la non-loi.

## CHAPITRE 2 - UNE THÉORIE DE LA NON-LOI

Une théorie de la non-loi, voilà ce à quoi nous amène l'un des aspects du non-droit. Le non-droit appréhendé comme non-loi relève de la science politique entendue comme la science de l'organisation de la Cité. C'est alors un principe de politique législative (section 1). Cette politique n'a pas pour critère opératoire le non-droit qui n'en est que la dynamique, mais trouve sa réalisation dans le principe dit de subsidiarité (section 2).

### Section 1 - L'hypothèse du non-droit

Nous emploierons dans cet ultime développement le terme non-droit entendu comme non-loi. Le non-droit apparaît alors comme un retrait de la loi (§ 1), retrait conduisant à un retrait de l'État (§ 2).

#### § 1 - Le retrait de la loi

Ce terme générique -loi- amène à des considérations politiques (A) permettant de juger du bien-fondé de son retrait au regard du droit (B).

(104) St Thomas d'Aquin, Somme théologique, IIa II ae, Qd 58, art. 5.

(105) Cf. p. 42 in fine.

*A - De quelques considérations d'ordre politique*

La direction des conduites humaines en société en vue d'une harmonie d'ensemble relève du domaine de la loi. Cette loi que les Romains désignaient par "jus publicum" et qui s'entend du gouvernement de la Cité. Constitutive d'un système instrumental, elle est subordonnée à l'ordre juridique établi en vue du bien public. Le bien public n'est rien d'autre que le bien commun. Une précision supplémentaire toutefois, il prend forme dans le cadre d'une société hiérarchisée ayant pour ossature l'État. L'État, ensemble organisé d'autorités publiques, appelé à mener à bien ce gouvernement. La loi humaine positive est par conséquent un moyen ayant un objet social et politique. Recherche du bien public, elle est par conséquent recherche de la paix et de la sécurité entre les membres du corps social. Son objet premier est l'ordre social. Dès lors pourquoi prétendre à la justice, au droit comme fondement de la loi ? Parce qu'il n'est pas de véritable tranquillité sans le respect des intérêts particuliers de chacun des membres de la Cité. L'absence de désordre ne peut s'établir que si chaque citoyen se voit attribuer individuellement ce qui lui est dû.

L'ordre social, ce sera d'abord un ordre organique. L'articulation des différents organes sociétaires est destinée à permettre l'administration des rapports humains en société où les institutions juridiques vont jouer un rôle premier.

Au sein de l'ordonnancement organique, deux aspects de la justice ont leur place :

- Les rapports de justice de l'individu envers la communauté : justice légale.
- Les rapports de justice de la communauté envers l'individu : justice distributive.

La justice commutative n'intéressera la loi que de façon accessoire. Les rapports entre les individus n'intéresseront l'organisation de la Cité qu'autant qu'une injustice en ce domaine puisse créer un trouble social, prendre une dimension collective (106). Le trouble social ne s'entend pas exclusivement d'un trouble dans un domaine où nombre de personnes sont concernées directement. Le critère s'il peut être quantitatif est aussi parfois qualitatif. C'est alors la matière objet du conflit qui permet de déterminer s'il s'agit ou non d'une matière intéressant l'organisation sociale. Ainsi en va-t-il du transsexualisme ou encore des procréations artificielles qui touchent aux fondations de la société.

La loi s'occupant de régulation sociale a pour mission de préciser le contenu de justice devant présider aux relations de ses membres selon les circonstances, à une époque donnée, pour une civilisation déterminée. Le juste en soi ne change pas, mais obligatoirement sa formulation et les contingences particulières.

Chargée de déterminer (et non de créer) le droit, la loi a un rôle pédagogique auprès des citoyens. Pour ce faire, elle se vêt tour à tour de la toge du professeur lorsqu'il lui faut expliquer le sens d'une de ses dispositions, du képi du gendarme lorsqu'elle édicte des règles destinées à préserver l'ordre public, de la blouse du psychologue lorsqu'il s'agit d'inciter le corps social à agir dans le sens de la politique gouvernementale et ce essentiellement dans le domaine économique et social où les procédés fiscaux incitatifs sont les plus fréquents, des chaussons du père de famille lorsqu'elle autorise certains comportements et de la largesse du philanthrope lorsqu'elle laisse entière liberté aux volontés individuelles.

---

(106) Alain Sériaux : "Droit et loi dans la pensée d'Aristote et de St Thomas d'Aquin". La philosophie à l'épreuve du phénomène juridique ; Droit et loi, PU Aix Marseille 1987, p. 84 : "Si le bien commun sert de moteur à l'intervention de la loi, il en fournit aussi les limites : seuls les actes des hommes qui touchent par quelque point au bien de la société toute entière feront l'objet des attentions du législateur".

Mais la loi ne doit que donner les bases, les fondements dans cet enseignement de la vie en société, et ce en raison de ses caractéristiques propres. La loi est en effet arrêtée dans son action par sa fin qui est la recherche du bien commun et qui en tant que tel exprime un impératif de globalisation. Prétendre régler toutes les situations particulières directement aboutirait bien vite à un dirigisme intolérable, à un risque d'arbitraire. Ce serait pour la loi manquer à sa fonction sociale qui est l'épanouissement des membres du corps social avec pour corollaire leur responsabilité et autonomie.

L'impératif de globalisation, c'est le caractère normatif de la loi positive dans des situations qui n'intéressent que la société toute entière. Certes, la praticabilité du droit exige un ensemble de règles bien définies. La précision requise pour permettre sa réalisation ne doit pas s'exprimer par une réglementation de détails. Verrait-on une loi portant sur l'éducation et l'intérêt de l'enfant fixer le contenu de ceux-ci, qu'une telle disposition ne répondrait plus au sens du mot loi. C'est pourquoi, l'article 371.2 du Code civil dispose de façon totalisante : "L'autorité appartient aux père et mère pour protéger l'enfant dans sa sécurité, sa santé et sa moralité. Ils ont à son égard droit et devoir de garde, de surveillance, d'éducation", Il revient aux parents eux-mêmes de déterminer ce qu'ils entendent par la sécurité, la santé et la moralité de leur enfant.

Voilà une illustration du domaine de la non-loi qui peut se multiplier à l'infini (intérêt de la famille, intérêt des époux, intérêt de l'entreprise...).

Ce domaine étant de moins en moins respecté par nos législateurs, le non-droit a eu le mérite de rappeler que le retrait de la loi est nécessaire pour demeurer au service du droit.

### *B - Retrait de la loi au service du droit*

L'hypertrophie législative est un mal, ceci pour plusieurs raisons :

- Trop légiférer, c'est connaître un risque d'ineffectivité plus grand. Pourquoi ? Parce que cela entraîne la complexité du système légal et donc des difficultés de compréhension pour les justiciables qui les font ignorants du droit. Une illustration nous est donnée en droit du travail dans le cadre des relations contractuelles du travail temporaire. Entre 1972 et 1991, il y a eu de multiples interventions des autorités législatives et réglementaires. Il serait intéressant de demander à un dirigeant d'une petite entreprise, ayant recours à l'opération de travail temporaire, n'ayant pas de section juridique dans son entreprise, quelles sont les lois dont il relève ! La conséquence est de vider de son contenu l'adage "nemo censetur ignorare legem" encore utilisé par nos tribunaux.

- Trop légiférer, c'est aussi ignorer la fonction pédagogique de la loi. La loi a entre autre un rôle d'éducation du citoyen. Quelle est la fin de l'éducation ? L'éducation a pour but de former l'intelligence de l'enfant, de l'habituer (au sens d'avoir l'habitus) à utiliser la raison dans ses jugements afin qu'ils ne soient pas téméraires et dominés par les passions. Lui apprendre à coordonner la multiplicité de son être, à savoir le cœur, la volonté, l'intelligence en une unité harmonieuse, c'est le rendre responsable, et par suite libre.

Nous retrouvons les mêmes finalités concernant l'éducation du citoyen. Il ne s'agit pas de le transformer en recueil ambulante de textes et de jurisprudence, mais de le rendre apte à percevoir par lui-même le droit, le juste. Une illustration de l'échec de la loi à sa fonction nous est donnée par le développement du concubinage, lorsque les concubins n'ont pas de rapports justes entre eux. Certes, le concubinage peut parfois connaître de la justice commutative. Quand bien même il la connaîtrait, il serait quand même injuste car il ignore la justice légale. Ayant pour conséquence le

rejet de la structure sociétaire, le concubinage est une injustice au regard de la communauté. Il va à l'encontre du bien public temporel, sachant que "les familles sont les séminaires de l'État". Elles ne relèvent pas exclusivement du jus civilis et plus largement du jus gentium, mais aussi du jus publicum.

Pourquoi reconnaître un tel rôle à la loi ?

Comprendre la fonction pédagogique de la loi, c'est comprendre la nature de l'autorité qui gouverne au groupement qu'est la société. Qu'est-ce que la société ? Au commencement, nous trouvons l'union de l'homme et de la femme en raison d'une complémentarité des talents de l'un et de l'autre. Ce qui amène à la constitution de la famille où apparaît déjà une économie domestique : traditionnellement, l'homme ayant compétence pour apporter des ressources au foyer et la femme pour les bien employer dans l'intérêt de tous. Puis il y a regroupement des familles en village et des villages en Cité. Ce qui est justifié, selon Aristote, par le fait que l'homme n'étant ni une brute, ni un dieu connaît une dépendance aux autres. Le chef de la Cité a une fonction de coordination, de direction, de surveillance du bien de chacun par rapport au bien du tout. La loi est un instrument et tend à assurer cette harmonie. Elle va exiger certaines abdications du citoyen pour que soit préservé le bien du tout et donc l'intérêt même du citoyen. En effet, il doit renoncer pour partie à son indépendance mais a intérêt au bien du tout.

L'homme du XXème siècle naît dans le cadre sociétaire. Il trouve en naissant des structures sociétaires préétablies, parmi lesquelles la loi. La loi a une fonction pédagogique pour qu'à une obéissance passive -soumission en acte du citoyen- il y ait une obéissance active de ce dernier manifestée par un esprit de libre initiative, par une compréhension de la fin de l'ordre sociétaire -le bien commun- et qui exige parfois le sacrifice de son indépendance.

- Trop légiférer, c'est encore multiplier le risque des contradictions entre les différentes lois. L'exemple le plus frappant n'est-il pas celui des devoirs inhérents au mariage, vidés en grande partie de leur contenu par les différentes formes de divorce, comme nous l'avons déjà souligné ?

- Trop légiférer, c'est en outre dans l'élaboration de la loi risquer, en raison d'un débit trop rapide de règles animé par le démon du changement de mauvaises rédactions des lois. Tant il est vrai que la prudence et la sagesse requises dans la tâche législative exigent lente maturation.

"Les lois ne sont pas de purs actes de puissance, ce sont des actes de sagesse, de justice et de raison. Le législateur exerce moins une autorité qu'un sacerdoce (...) il faut être sobre de nouveauté en matière de législation, parce que s'il est possible, dans une institution nouvelle, de calculer les avantages que la théorie nous offre, il ne l'est pas de connaître tous les inconvénients que la pratique seule peut découvrir" (107).

- Trop légiférer, c'est enfin confondre le rôle de la loi et celle du juge. Il y a réduction ou suppression de toute latitude d'appréciation du juge, alors qu'elle est seule à même de donner une souplesse au système juridique, seule à même de respecter le caractère concret du droit.

En définitive, le retrait de la loi est une nécessité pour retrouver ce juste équilibre au sein du corps social entre dirigisme et individualisme, pour être coordination des rapports humains en société.

La question reste de savoir comment opérer le retrait. Les procédés proposés par M. le professeur Carbonnier nous paraissent habiles, sous réserve de n'être appliqués qu'à la loi.

(107) Discours préliminaire au projet du Code civil". in "Écrits et discours juridiques et politiques d'Étienne Portalis", PUAM 1988, p. 23.

- Une baisse de la pression juridique, entendue des règles étatiques.
- S'abstenir de légiférer.
- Recourir à d'autres autorités pour déterminer ce qui est dû à autrui.

Ces procédés permettant le retrait, de la loi sont au service du droit, puisqu'ils rétablissent la naturelle complémentarité qu'il y a entre la ratio legis, la ratio decidendi et le "dictamen rationis" de chaque citoyen.

Pour autant, ils ne doivent pas être employés de façon abusive. Il est des domaines où la loi n'a pas à se retirer. En effet, s'il est souhaitable que la loi ne règle pas tout, il serait absurde de déclarer que la loi n'a compétence en rien. C'est pourquoi, le retrait de la loi ayant pour corollaire retrait de l'État doit connaître dans son application de la vertu de tempérance. Il s'agit là de prudence politique.

## *§ 2 - Le retrait de l'État*

Le retrait de l'État est une opération d'hygiène sociale (B), lorsque l'État se développe au-delà du domaine d'intervention qui lui est propre (A).

### *A - Domaine d'intervention propre à l'État*

Le mal vient de ce que l'État n'est que l'expression politique des relations sociales et de ce que l'État et la société ont été confondus en une même réalité. La révolution de 1789 et plus particulièrement la loi Le Chapelier interdisant toute corporation a établi un face-à-face entre l'individu et l'État. De société, il n'y avait qu'une société étatique. Dans son expression et dans son action, l'État a pris possession du phénomène sociétair.

- Dans son expression, en premier lieu, il a fait de la société sa servante au lieu d'être son serviteur et par là de servir le bien commun. Par le rejet des groupements, il a dû construire la société et au-delà la nation. Le processus naturel n'est-il que la société soit la résultante des hommes ? C'est le regroupement des hommes par affinités qui conduit à la société et à l'érection d'un État régulateur des conduites humaines en société et non l'inverse. Un exemple actuel de cette déviance se retrouve en notre gouvernement par l'existence d'un ministère de la "culture". L'État se préoccupe de construire une appartenance -qui n'est que fictive- des citoyens à une société qui n'est pas de leur fait (108). Voilà un exemple de violation réelle de consciences, celui d'un État producteur du social !

- Dans son action, en second lieu, l'État a pris place en tous domaines (économique, politique, social, administratif...). Si en matière d'administration et de politique, l'État a une compétence fonctionnelle légitime eu égard à sa nature propre de coordination, cela ne se retrouve pas en matière économique et sociale. Ces derniers domaines, en effet, ne devraient intéresser l'État que de façon incidente, lorsqu'ils ont des conséquences directes sur le gouvernement de la Cité. La raison d'être de l'État, de la machine publique, est d'opérer la régulation, non de l'économie ou du social, mais des libertés individuelles. Ce qui a toujours justifié l'existence d'une forme de souveraineté quelle qu'elle soit, c'est sa mission de protection et d'organisation des libertés.

Nous partageons donc le constat selon lequel : "Le rôle de l'Etat devrait se borner à canaliser les initiatives privées, à les encourager, très rarement à les remplacer lorsqu'elles sont réellement impuissantes" (109). Ceci parce que le rôle de

(108) Pierre Rosanvallon, "L'État en France de 1789 à nos jours", sur la question d'un État, instituteur du social, éd. UH Seuil, 1990, p. 95.

(109) Alain Sériaux, Libéralisme et morale, R.R.J. 1990, p. 544.

création revient à l'homme, et permet la conformité de la société à la multiplicité du réel. La conformité à une volonté abstraite dite étatique ne serait que la volonté d'une poignée d'hommes : les gouvernants.

Le tort des gouvernants dans leur globalité est de n'avoir pas respecté l'aire naturelle de l'État. Ils ont fait de leurs conceptions idéologiques la raison d'être du gouvernement de la Cité et la raison d'être de leurs lois. Le gouvernement de la Cité avant d'être idéologie, est une réalité naturelle. Il est ordonnancement du réel, ce que nos politiques ont parfois tendance à oublier. Ainsi, qu'il s'agisse du communisme ou du libéralisme pour ne citer que deux extrêmes ils ne visent qu'à promouvoir des idées au lieu de penser à ordonner ce réel. C'est l'une des raisons pour lesquelles "la société française n'a cessé d'osciller entre l'amour des grandes idées et la réalité des petits arrangements" (110) au lieu d'instaurer un climat favorable à la création d'une harmonie sociale reposant moins sur l'État que sur les membres du corps social.

### *B - Retrait de l'État au service du corps social*

Le retrait de l'État est un bien pour l'État lui-même. Du fait de la modification du régime social, il s'est vu contraint, en l'absence de réunions d'hommes intermédiaires d'assumer toutes les fonctions sociétaires au détriment de sa fonction propre de régulation sociale, qui est de : "diriger, surveiller, stimuler, contenir selon que le comportement, les circonstances ou la nécessité l'exigent" (111).

Le retrait de l'État est aussi un bien pour le corps social. Du fait d'une polyvalence illégitime de l'État il en est devenu le fonctionnaire au lieu d'en être le maître d'œuvre.

Ce dérèglement des forces sociétaires n'a créé que des insatisfaits : l'État, les membres du corps social. D'où une réaction irrationnelle de l'un et des autres. Pour l'État, cela a conduit à ignorer l'idée d'une justice sociale au sens de la conjugaison de la justice commutative, distributive et légale. Cela a conduit à poser comme principe directeur de son fonctionnement non pas la justice, non pas une prudence du droit, mais une prudence politique entendue de régulation destinée à établir un consensus d'où l'idée de bien commun est exclue. Pour les membres du corps social, cela a eu pour conséquence, le refus en bloc de l'État dont la puissance n'est pas reconnue légitime, mais est subie comme un moindre mal. Avec pour conclusion, une indifférence à l'idée d'un bien commun qui ne serait qu'utopie. Il y a volonté accrue d'échapper à l'emprise des pouvoirs publics chaque fois que possible, à l'exception des situations particulières où le recours au pouvoir étatique peut servir l'intérêt immédiat et égoïste du particulier. En un mot, le résultat est l'absence de solidarité au sein du corps social et la disparition du sentiment d'appartenance à une même nation, tant il est vrai que pour appartenir, il faut soi-même participer.

Le retrait de l'État est le seul moyen de revenir à une participation des citoyens et le seul à même d'encourager le retour aux initiatives privées dans l'intérêt de tous. Pour autant, il ne doit se retirer que des fonctions qui ne sont pas siennes. Le processus de retrait tant souhaité ne doit pas conduire à l'inverse à une substitution des pouvoirs publics par les volontés privées. Ce danger n'est pas une hypothèse d'école et se pose à l'heure actuelle avec le projet de loi portant sur l'action civile collective. Le péril est un remplacement à plus ou moins long terme du ministère public par des groupements privés. C'est aussi un risque d'ingérence d'intérêts particuliers dans la politique d'un pays qui, elle, est destinée à l'intérêt commun. Ce risque d'ingérence peut être illustré par un exemple donné par les USA où l'action de

(110) Pierre Rosanvallon, "L'État en France de 1789 à nos jours", éd. UH Seuil, 1990, p. 166.

(111) "Quadragesimo anno", Pie XI, 15 mai 1931, II, n° 88.

groupe est admise. Le judiciaire devient un instrument au service des intérêts économiques de quelques-uns. Le pouvoir américain a délégué à des groupements privés la fonction de détermination des normes devant permettre la mise en vente de produits sur le sol américain. Une société française de cheminées avec récupérateur de chaleur a exporté son produit aux USA où il n'était pas commercialisé. Le syndicat des producteurs de cheminées a édicté des normes mettant les cheminées exportées en non-conformité. Une association de consommateurs par l'exercice de l'action de groupe s'est opposé à leur vente. De fait, ce secteur de l'économie a échappé au principe de la libre concurrence et a fermé le marché aux producteurs étrangers sans qu'aucune irrégularité n'ait pu être relevée. Nous avons là l'illustration des abus pouvant résulter d'un retrait de l'État et consistant à utiliser des prérogatives publiques au service d'intérêts strictement privés. Pour que le retrait de l'État soit au service du corps social dans sa globalité, il faut un juste équilibre entre les prérogatives publiques et les prérogatives privées que seul à notre sens le principe dit de subsidiarité pourrait réaliser.

## Section 2 - Une notion opératoire : le principe de subsidiarité

Qui dit subsidiaire ne dit pas obligatoirement négligeable, mais accessoire au principal. D'où la nécessité de définir ce principe de subsidiarité (§ 1) pour le resituer par rapport à sa fin qui est la recherche du bien commun (§ 2).

### § 1 - Analyse de la notion

Par ses différents aspects le principe de subsidiarité a pour instrument les groupements intermédiaires. Deux aspects du principe de subsidiarité sont la liberté et la solidarité qui peuvent se définir respectivement (112) :

- "La libertad que deriva del principio de subsidiariedad consiste en la autonomía de cada miembro para realizar sus propios fines sin intervención del grupo en que se integra" : La liberté découlant du principe de subsidiarité consiste en l'autonomie de chaque membre pour la réalisation de ses fins propres, sans intervention du groupe auquel il appartient.

- "La solidaridad consiste en una doble función : a) de no cargar sobre el grupo aquello que el miembro debe hacer, b) de ayudar el grupo a los miembros que se hallan en incapacidad para realizar sus propios fines" : La solidarité consiste en une double fonction : a) de ne pas charger le groupe de ce que l'on peut faire soi-même, b) en l'aide du groupe aux membres qui se trouvent dans l'incapacité de réaliser leurs fins propres.

Nous ajouterons un troisième aspect qui bien que n'étant pas constitutif du principe de subsidiarité en est à tout le moins consécutif : l'amitié. L'amitié entre citoyens qui se distingue de la solidarité en ce qu'elle ne peut à la différence de celle-ci être exigée en stricte justice. L'amitié consiste dans le don de soi aux autres, et plus que la justice fait appel à la charité, même si elle ne peut se comprendre que par rapport à la justice dont elle est le dépassement.

La liberté, solidarité, amitié, trois aspects qui ancrent le principe de subsidiarité, dans la vie en société. Dans la société, l'harmonie consiste en un ordre. La hiérarchie des membres du corps social et l'imbrication des forces sociétales sont la conséquence de : La liberté, au sens d'autonomie légitime à tout être (ou groupement) doué de raison pour découvrir ce qui participe à la recherche du bien commun. Par suite, la liberté présuppose l'égalité, c'est-à-dire l'égalité de chacun dans, la

(112) Alvaro d'Ors, "Una introducción al estudio del derecho", éd. Rialp, p. 158, 159.

reconnaissance de l'autonomie qui est sienne dans la sphère où il évolue : "Là où existe, de par la nature même des choses, un centre de décision autonome, il est conforme à la plus élémentaire justice de laisser en principe cette autonomie s'exercer librement" (113).

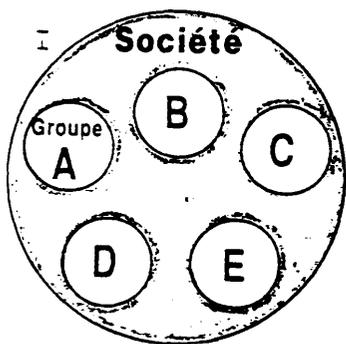
La solidarité, au sens de la dépendance des êtres ou des groupements. "Autre chose est l'indépendance, autre chose la liberté. La véritable liberté ne s'acquiert que par le sacrifice de l'indépendance" (114). Cette dépendance entraîne solidarité, chacun apporte son aide aux autres et a besoin de l'aide des autres. Il y a apports réciproques pouvant s'analyser en termes de justice. Au-delà se trouve l'amitié entre citoyens qui à la différence de la solidarité n'est pas sous-tendue par une relation de stricte justice, mais ne peut s'expliquer que par son dépassement.

Le principe du subsidiarité consiste donc dans la reconnaissance par l'État de groupements intermédiaires et de leur légitime autonomie. Ce sera d'abord dans l'ordre naturel la famille "c'est-à-dire la société domestique, société très petite sans doute mais réelle et antérieure à toute société civile, à laquelle, dès lors, il faudra nécessairement attribuer certains droits et certains devoirs absolument indépendants de l'État" (115).

Mais aussi, les groupes professionnels, tant il est vrai qu'une même occupation, un même travail, un même centre d'intérêt conduisent à créer des liens et finissent en la constitution de corps. Dans un autre domaine, nous allons trouver des regroupements en raison de la proximité des habitations, pouvant se constituer en association pour tout ce qui concerne la vie de leur quartier... et ainsi de suite.

Tout groupement devient alors un centre de décision. Il a son propre gouvernement et permet une participation d'autant plus active de ses membres, qu'il aura été leur œuvre. Respecter l'autonomie de ces groupements intermédiaires par rapport à l'individu et à l'État, c'est respecter l'organisation sociale.

Comment s'opère le respect de l'autonomie de ces groupements ? Par la non-loi, c'est-à-dire la non-intervention des autorités publiques en des domaines où seuls les groupements ont compétence. Il n'y a pas délégation de la puissance publique à des groupements privés, mais il y a retrait des pouvoirs publics qui ne formuleront le droit que lorsqu'il intéressera la société toute entière (116). Cela permet le retour à la participation échelonnée des citoyens dans la recherche du bien commun par la détermination de ce qui est le droit dans leur sphère d'intervention. Un schéma permet de visualiser l'hypothèse :



L'intervention de l'État se comprend de la zone mauve pour déterminer en quoi consiste la recherche du bien commun, d'une surveillance des groupements A.B.C.D.E. qui ne doivent pas dépasser leur propre sphère d'intervention sous peine d'empiéter sur le domaine d'intervention de l'État ou des autres groupements et d'une coordination des groupements qui ne doivent pas aller dans leur gouvernement à l'encontre de l'ensemble I dont ils ne sont que des sous-ensembles.

(113) Alain Sériaux. Les obligations. n° 8. PUF Droit fondamental, 1992.

(114) "Exposé des motifs du projet de loi sur la propriété", in *Écrits et discours juridiques et politiques* d'Étienne Portalis, PUAM, 1988, p. 115.

(115) *Renum Novarum*, 15 mai 1891, Léon XIII, n° 9.

(116) Ces matières seront déterminées au cas par cas chaque fois que l'organisation sociale dans sa globalité sera concernée.

Le bien commun constitue la limite d'action de chaque groupement et s'exprime par le respect et la subordination de tout corps intermédiaire à l'ordre social. L'ordre social ne se conçoit que si chacun se voit reconnaître son bien, reconnaît le bien de l'autre, et subordonne le bien de chacun au bien du tout. En effet, que dirait-on d'un corps humain dont chaque membre se verrait reconnaître une autonomie absolue par rapport au corps ? Ce serait un monstre, il en irait de même pour le corps social. C'est pourquoi, s'intéresser au principe de subsidiarité comme notion opératoire, c'est le resituer dans la perspective qui est sienne : le bien commun.

### *§ 2 - Une notion opératoire dans la recherche du bien commun*

"El bien común no es la utilidad del Estado o de la mayoría de los miembros sino la composición armónica del bien de cada uno de los miembros" : Le bien commun n'est pas l'utilité de l'État ou de la majorité de ses membres, mais l'ordonnement harmonieux du bien de chacun (117).

Le bien commun exige la détermination du bien de chacun. Déterminer le bien de chacun, c'est déterminer ce qui lui convient. Ce qui convient n'est pas de l'ordre de la volonté, mais de l'ordre de l'intelligence. L'intelligence seule permet de dire ce qui est bon à chacun et par suite ce qui lui est dû. Or, ce qui convient à un homme ne convient pas à un enfant en raison de leur différence. Déterminer ce qui convient exige donc de connaître en sa substance le sujet dont on cherche à déterminer le bien. Connaître le sujet, c'est connaître sa fonction et sa place dans la sphère où il évolue par rapport à ce qu'il est. Déterminer le bien de chacun, c'est déterminer la mesure, l'égalité de chacun en fonction de ce qu'il est ; c'est la prudence du droit. Pourquoi avoir recours au principe de subsidiarité comme notion opératoire du bien commun ? Parce que la détermination du bien de chacun ne se réduit pas à une connaissance abstraite, mais exige une connaissance concrète fondée sur l'observation du réel. Cette observation amenant à la connaissance ne peut alors se faire que par des centres de décision autonome intermédiaires dans la société.

Pour qu'il y ait bien commun, il faut encore qu'il y ait ordonnancement harmonieux du bien de chacun. Il faut prendre en considération que le bien de chacun n'est qu'une partie au regard du tout. Or, la partie ne connaît véritablement son bien que si elle est à sa place au sein du tout. Ceci parce que le bien n'est rien d'autre que la chose identifiée à son essence. Or, dans la Cité, il est de l'essence du citoyen d'être une partie de ce tout qu'est la société.

C'est alors qu'intervient l'art politique qui reconnaît une place au bien de chacun et met le bien de chacun à sa place. Il a alors recours à la prudence du droit en établissant la mesure, l'égalité du bien de chacune des parties, et c'est le bien commun.

---

(117) Alvaro d'Ors, *Una introducción al estudio del derecho*, éd. Rials, p. 159.

R.R.J. 1992-2  
Pages 477 à 496

- IV -

**PHILOSOPHIE POLITIQUE**



# PHILOSOPHIE DE LA FORMATION ET VIE DE LA CITÉ

## PROLÉGOMÈNES À LA DIDACTIQUE

Par

Christiane PEYRON-BONJAN

*Docteur en Histoire de la Philosophie - Université Aix-Marseille III*

Quelle que soit l'époque, apprendre à un formateur à demeurer dynamique malgré toutes les pesanteurs de l'environnement social et institutionnel semble, d'entrée de jeu, l'objectif primordial de tout système éducatif. Pour cela, deux axes seront envisagés : l'un théorique, l'autre méthodologique. Les premiers soubassements seront l'analyse du processus et de l'épistémologie Bachelardienne. Enrichis de ces pensées, on dégagera ensuite quelques prolégomènes à la didactique (1) et quelques théorèmes pour une théorie de l'instruction (2).

Il est évident qu'un éducateur digne de ce nom, qu'il soit, en amont, concepteur de programmes ou, en aval, spécialiste didacticien d'une discipline, se doit de s'interroger sur son appartenance à tel ou tel autre type de société, sur ses présupposés théoriques, conditions nécessaires à l'élaboration de tout cursum et prolégomènes à son enseignement. Son "projet" éducatif respectant le sens étymologique du terme, à savoir "se jeter en avant", ne pourrait être établi en toute honnêteté intellectuelle sans qu'il n'ait pu répondre aux questions suivantes :

- Quel homme adulte mériterait en toute légitimité le vocable éduqué ? Pourquoi ?

- Quelle sorte de cité voudrait-il voir se réaliser ? En raison de quel système de valeurs ?

- En conséquence, quels contenus disciplinaires ou méta-disciplinaires privilégierait-il dans les programmes ? Selon quelle hiérarchie ?

Tel un pont entre l'histoire de la cité et son avenir, le responsable de formation tout comme le spécialiste ne peuvent oublier de se situer en englobant en toute lucidité ces questions fondatrices dans leur processus de didacticien. S'ils évitaient ces problématiques, ils risqueraient de ne devenir que des producteurs de "*singes savants*" (3) sachant ne réaliser que des tâches spécifiques à l'aide de méthodologies d'apprentissage séductrices et efficaces à court terme. Or devant une situation sociale imprévisible, de quel secours seraient ces adultes ?... Où irait la cité ?... Le véritable processus de l'éducation se résumerait donc en une possibilité de construction d'une **stratégie de l'inattendu.**

(1) J.S. Bruner *The process of education*, New York, Norton, 1972.

(2) Bruner, Goodnow, Austin : *The study of thinking*, New-York, Norton, 1974.

(3) J.S. Bruner *The process of education*, New York, Norton, 1972.

## I - FONDEMENTS THÉORIQUES

### 1. Le Processus

Avec l'analyse du mouvement dans la Métaphysique d'Aristote s'éclaire toute la force du vocable "processus" ou passage de la puissance à l'acte : des sèves potentielles, germes de construction dynamique, aux réalisations achevées. L'énergie est partout : dans l'explosion de l'originaire, dans le vecteur de propagation de ces potentialités, dans leur puissance de diffusion mais aussi dans la maximisation de leur réalité. Toute la complexité du vivant se retrouve dans les concepts "*d'entelecheia*" et "*d'energeia*". L'entéléchie est l'actualisation de la chose, son expansion vers la forme et elle retient encore les éléments de la puissance dont elle sera l'achèvement. C'est seulement en ce sens qu'elle est le mouvement ou processus :

*"Le mouvement ne peut avoir d'autre acte que de se développer comme puissance... Il est un passage entre deux extrêmes et parce qu'il est continu, il enveloppe l'infini."* (4).

De cette citation résulte que le processus est énergie :

*"Il est la perfection de la puissance en tant que puissance ; puissance signifiant évidemment indétermination, multiplicité et s'apparentant avec la puissance qui est le propre de l'infini."* (5).

Alors, comment serait-il encore possible de retranscrire une telle dynamique du processus dans toute sa violence à l'intérieur d'un système éducatif prenant soin d'éviter le composé pour le diviser en simples, système somme toute démantelé par la pensée analytique de Descartes ? Leibniz nous avait déjà mis en garde contre cette fâcheuse tendance à la simplification dans ses Animadvertiones : "*cette règle de Descartes est de peu d'utilité... en divisant en parties inappropriées, on peut accroître les difficultés*" et M. Le Moigne dans La Théorie du système général préfère un précepte globalisant à un principe réductionniste, d'où sa formule : "*la faillite du discours cartésien*" (6).

Et quelle faillite ! Face à un problème concret, comment ne pas entendre la plainte permanente de certains praticiens pour lesquels une multitude de théoriciens ne seraient jamais en mesure de rendre compte... La puissance diverse et infinie du système vivant ne se résolvant jamais par la compréhension de la sommation d'objets parcellaires même construits scientifiquement. Alors, seule la solution du tâtonnement expérimental demeurerait-elle viable à l'ère d'un scientisme outrancier ?

De plus, le danger serait décuplé si l'objet d'étude se trouvait être l'enfant, citoyen de demain, bâtisseur de l'histoire de l'humanité. Faudrait-il attendre les réponses du psychologue généticien, du psychologue de l'apprentissage, du psychologue social, du sociologue, de l'historien, de l'économiste, du juriste, du philosophe et du politologue pour éduquer ? Si cela était, nous risquerions fort d'entrer dans un système apathique ayant pour devise le laxisme du "*laisser faire et regarder*" (7). Or la morne contemplation serait loin de pouvoir forger la stratégie de l'imprévisible chez l'humain ; l'arrêt sur image nous menacerait de tous les dangers pour la Cité...

(4) Aristote, *Métaphysique* II K 9 p. 615, Vrin, 1962.

(5) Le Blond, *Logique et Méthode chez Aristote*, pp. 422 - 423, Vrin, 1970.

(6) Le Moigne, *Théorie du système général*, p. 27, PUF, 1984.

(7) Cf. Formule consacrée "let and go".

## 2. Les principes

Seule l'épistémologie non cartésienne et les principes hérités de la pensée de Bachelard pourront nous guider dans la lutte contre le sommeil dogmatique et les risques encourus. Son oeuvre est à la croisée de deux chemins, celui de la science et celui de la philosophie. Il bénéficie pour sa réflexion d'une situation historiquement privilégiée : la mutation des sciences de son époque et des concepts qu'elle recouvre (8). En se rangeant sous la bannière de "*l'école des sciences*", il livrera un combat contre les "*durillons de la cervelle*" de la philosophie périmée de telle sorte que les notions de réalité ou de vérité soient transformées afin de fixer les concepts fondamentaux d'une nouvelle épistémologie.

Or la philosophie en général, lorsqu'elle considère la science vise une science idéale qu'elle se fabrique pour se confirmer elle-même, très différente de la science telle qu'elle existe effectivement, une science qui soit continue et sans rupture, une science qui obéisse au présupposé théorique de la raison immuable et éternelle. C'est ce que fait en particulier Meyerson lorsqu'il essaie de déduire Einstein de Newton au nom d'un principe de continuité afin de montrer l'identité de l'Esprit humain dans toutes ses manifestations. "*Le savant ne peut plus être réaliste ou rationaliste à la manière des philosophes qui croyaient pouvoir se placer d'emblée devant l'Être saisi, ou bien dans sa prolixité externe, ou bien dans son unité intime. Pour le savant, l'Être n'est saisi en un bloc ni par l'expérience ni par la raison. Il faut donc que l'épistémologie rende compte de la synthèse plus ou moins mobile de la raison et de l'expérience, quand bien même cette synthèse se présenterait philosophiquement comme un problème désespéré*" (9). C'est une mutation sans précédent dans l'histoire des sciences : les notions d'espace, de temps, de matière, ... sont entièrement à revoir.

Quelles vont être alors les directions du travail de Bachelard ? À partir d'une nouvelle conception de l'histoire des sciences il inférera un nouvel esprit scientifique, du nouvel esprit scientifique une autre épistémologie et de cette épistémologie une autre philosophie. Ces domaines sont inséparables : la radicale nouveauté de l'auteur sera de montrer cette inextricable liaison des trois domaines. Car l'épistémologie est historique, l'histoire des sciences est épistémologique et la philosophie nouvelle n'est rien d'autre que cette nouvelle conception de la Raison héritée du nouvel esprit scientifique.

On aperçoit déjà comment une nouvelle conception de la science conduit inévitablement à une nouvelle conception de l'esprit humain : "*l'esprit a une structure variable dès que la connaissance a une histoire.*" (10).

Si la science a une histoire, c'est qu'il y a des obstacles à surmonter, des révolutions, des ruptures, des discontinuités. Par ce biais, l'erreur acquiert un autre statut ; elle n'est plus quelque chose de simplement négatif, elle commence par exister, être une conception positive et ne devient erreur que rétroactivement, c'est à dire pour la conception vraie qui lui succède. Car, on ne peut juger du passé qu'en fonction du présent ; donc, on ne peut constituer une histoire des sciences qu'à partir de notre système de rationalité actuel. L'histoire des sciences ne peut être que normative, c'est à dire éclairée par la finalité du présent. Par suite, l'histoire des

(8) 1913 : théorie de la relativité restreinte et généralisée d'Einstein.  
 1923 : mécanique ondulatoire (premiers travaux de De Broglie).  
 1924 : mécanique quantique d'Heisenberg.  
 1925 : rayons cosmiques de Millikan.  
 1927 : théorie probabiliste de l'électron (Max Born).  
 Principe d'incertitude d'Heisenberg...

(9) Bachelard, *Le Nouvel Esprit Scientifique*, p. 20, PUF, 1971.

(10) Bachelard, *La Formation de l'Esprit Scientifique*, p. 38, Vrin, 1938.

sciences ne peut jamais être cumulative mais seulement récurrente. Il ne sera jamais possible d'accumuler de manière homogène des conceptions de l'avant vers l'après. Au contraire, il sera obligatoire de refaire entièrement l'histoire des sciences à chaque normativité nouvelle de la rationalité... L'histoire des sciences ne sera jamais une sommation de jugements constitués une fois pour toutes, mais une série variable de filtres successifs éclairant le rationnel en fonction de nos critères du moment. C'est cela que l'on appelle une histoire récurrente. En conclusion, l'histoire des sciences comme l'histoire de la pensée se doit d'être discontinue, normative et récurrente.

### 3 . L'épistémologie non cartésienne

Cette épistémologie tourne autour de deux concepts nouveaux : "*l'obstacle épistémologique*" et "*l'acte de rupture épistémologique*".

Puisqu'il y a histoire des sciences cela prouve que le développement de cette dernière se heurte dans son cours à des obstacles. Quels sont-ils ? Afin de les découvrir Bachelard se livre à une véritable psychanalyse de la connaissance objective dans son livre La Formation de l'Esprit Scientifique. On emploie le terme de psychanalyse car ce texte décrit un véritable inconscient de la pensée scientifique, inconscient manifesté par une série d'obstacles qu'il va s'agir de surmonter. Tous bloquent le mouvement de la connaissance, tous emprisonnent la recherche ; ils sont, comme le dit Bachelard, "*ankylose de la pensée*". Pour quelles raisons ? Ils satisfont à peu de frais l'esprit : images, mots, généralisations, systèmes fournissent une explication complète et arrêtent le mouvement de questionnement, donc bloquent définitivement la recherche.

Cependant, l'obstacle le plus important, l'ennemi le plus périlleux de la science, c'est la science elle-même, ses habitudes, ses méthodes, ses connaissances en fonction de leur solidité. Lorsqu'une théorie scientifique atteint l'achèvement de son développement, devient trop systématique, elle entrave le progrès de la recherche scientifique. Il faut la changer. Il faut rompre le tissu de l'ancienne rationalité, il faut accomplir l'acte de coupure épistémologique afin de constituer une nouvelle rationalité. Il est nécessaire, dit Bachelard, "*de la rejeter comme une vieille peau*". Et, lorsque ces nouvelles normes de scientificité se seront à leur tour solidifiées en systèmes inertes, il faudra encore rompre le tissu de cette nouvelle rationalité.

Là est la dialectique du dépassement perpétuel de la raison par elle-même, la dialectique des obstacles épistémologiques et des actes de ruptures épistémologiques. Là est le nerf de la lutte contre l'apathie.

D'où provient la coupure ? Soit d'expériences, soit de compléments de connaissances qui ne peuvent être absorbés dans l'ancien système, ni compris par l'ancienne rationalité. Il faut remarquer cependant que le vocable de coupure ne signifie, ni une création "*ex nihilo*", ni une opposition complète du nouveau système à l'ancien ; on pourrait penser que s'il n'y a pas continuité, il y a succession arbitraire d'innovations. Or, c'est faux. L'alternative entre continuité tranquille et succession décousue de découvertes instantanées et immotivées est une fausse alternative. Que les révolutions scientifiques doivent être préparées, qu'elles succèdent au mûrissement d'une situation épistémologique et à son pourrissement, c'est ce qu'elles ont de semblable à toutes les révolutions.

En outre, si la nouvelle théorie ne sort pas de l'ancienne, il n'y a pas opposition complète entre les deux. La nouvelle rationalité peut englober l'ancienne comme un cas particulier. Le système nié est intégré dans le nouveau système et fondé rétroactivement par lui.

C'est le sens de la catégorie : "philosophie du non" que Bachelard crée et dont il donne de nombreux exemples dans le Nouvel Esprit Scientifique.

Quels sont les grands préceptes de l'épistémologie non cartésienne ?

Le premier, la condamnation de la théorie des natures simples : le simple est toujours le produit d'une démarche de simplification ; le simple n'est que le simplifié. **Le simple évite le processus.**

Le second, trouver le pluralisme sous l'identité ; lire le complexe réel en perpétuel mouvement sous l'apparence. Cette épistémologie serait productive en ce sens où il n'y aurait ni nature simple, ni théorie simple, ni idée simple (11). La Méthode d'Edgar Morin respecte ce précepte :

*"La complexité nous rend sensibles à des évidences endormies : l'impossibilité d'expulser l'incertitude de la connaissance. L'irruption conjointe du désordre et de l'observateur, au coeur de la connaissance, apporte une incertitude, non seulement dans la description et la prévision, mais quant à la nature même du désordre et la nature même de l'observateur. Le problème de la complexité n'est ni d'enfermer l'incertitude entre parenthèses, ni de s'y enfermer dans un scepticisme généralisé : il est d'intégrer en profondeur l'incertitude dans la connaissance et la connaissance dans l'incertitude, pour comprendre la nature même de la connaissance de la nature. Déjà, nous découvrons les horizons, c'est-à-dire cet infini mystère d'où émerge ce que nous appelons le réel. De même que l'incomplétude et l'imperfection sont nécessaires pour concevoir l'existence même du monde, de même ce sont l'inachèvement, l'incomplétude, la brèche, l'imperfection au coeur de notre savoir qui rendent concevables son existence et son progrès. Seul l'insuffisant est productif ... La complexité est un progrès de connaissance qui apporte de l'inconnu et du mystère. Le mystère n'est pas que privatif ; il nous libère de toute rationalisation délirante qui prétend réduire le réel à de l'idée, et il nous apporte, sous forme de poésie, le message de l'inconcevable" (12).*

D'où une nouvelle conception de l'esprit humain ou philosophie du "pourquoi pas" : (13) *"Il faut que l'esprit se transforme dans ses racines pour pouvoir assimiler dans ses bourgeons"* (13). La Pensée doit refondre ses concepts au feu de la science révolutionnaire en sachant que toute matière est indignement dynamique, de l'ordre du processus. L'esprit devra dépasser tous les couples de contradictoires classiques : réel - connaissance, sujet - objet, concret - abstrait, naturel - artificiel, matière - esprit... en montrant leur inanité.

Cette nouvelle pensée est une révolution philosophique dont on doit marteler deux idées forces : le maintien du complexe mouvant et le réflexe de la coupure épistémologique face au risque de systèmes figés de rationalités.

À partir de ces soubassements théoriques serait-il méthodologiquement possible d'énoncer quelques pistes didactiques afin que vive la cité de demain ?

(11) Bachelard, *Le Nouvel Esprit Scientifique*, pp 173 - 174 - PUF 1971 -

"Comparons par exemple l'observation du morceau de cire par Descartes et l'expérience de la goutte de cire dans la micro-physique contemporaine. Le morceau de cire n'est soutenu que par l'étendue intelligible -res extensa- chez Descartes tandis que le physicien contemporain isole une cire chimiquement bien définie moment précis de la méthode d'objectivation et dirige sur elle un faisceau de rayons X ; or si l'on s'enfonce de plus en plus dans les profondeurs de la gouttelette l'orientation des molécules disparaît et l'on arrive à un désordre statistique complet.

(12) Edgar Morin, *La Méthode 1 La Nature de la Nature*, pp. 383 - 384. Seuil, 1981.

(13) Bachelard, *Le Nouvel Esprit Scientifique*, p. 10, PUF, 1971.

## II - PROLÉGOMÈNES À LA DIDACTIQUE

### 1 - Le processus de la formation

Par la mise à distance de ses concepts de psychologue généticien : apprentissage, transfert, mémoire, compréhension, intelligence J.S. Bruner tente d'apporter un éclairage nouveau au processus de la formation. Sa sempiternelle question se résumerait trivialement en : comment inventer un processus qui permette un développement maximal de l'intelligence, quel que soit l'âge et quelle que soit la situation expérimentale ? Ne remettant jamais en cause la progression génétique des stades piagétiens (14) sa mise en scène est différente. Il insiste comme Wallon (15) plutôt sur les frontières entre les stades que sur la continuité successive.

Sa ligne de force principielle se situe dans le refus des programmes d'enseignement chaotique bouleversés par l'historicité des champs de recherche.

Une formation qui éclaire de manière récurrente et normative la nouvelle rationalité est toujours "*plus performante pour l'élève en difficulté*". Les établissements scolaires gaspillent un temps précieux en remettant à plus tard l'enseignement des disciplines dans leur actualité ; d'où la nécessité d'atteler les spécialistes à l'invention des curus, car il sont les seuls à pouvoir voir et enchaîner, d'une manière continue, les concepts clés de leur formation intellectuelle dans une spirale compréhensive. Ils sont aussi les seuls à pouvoir décrire leurs attitudes de recherche. Or, là sont les maîtres mots du processus de formation brunérien : "*mettre au défi*" (16) "*découvrir*" (16), n'être heureux que par l'étonnement aristotélicien et le contentement du "*Euréka, j'ai trouvé*" (16), faire fi des "*récompenses externes*" (16) telles les notes, les promotions, les statuts sociaux. Il faudrait rejeter définitivement les programmes éducatifs racontant les disciplines et demandant aux formés de répéter l'histoire dite ; l'exercice d'application sur le théorème de Pythagore, raconté aux enfants, même réussi, n'a jamais permis l'acquisition de l'esprit de la science géométrique. On ne devient pas écrivain en apprenant à lire ; on ne devient par mathématicien en apprenant à compter ; on ne devient pas géographe en apprenant des cartes par coeur ; on n'acquiert pas l'esprit de la science juridique en restituant parfaitement des Codes, ni celui des sciences économiques en récitant des Traités...

Mais l'interrogation va au-delà. Serait-il possible de décrypter une science générale, science des attitudes de recherche et de réflexion métadisciplinaire ? Si cela était, serait-il pertinent de faire précéder alors tout curus éducatif par cette propédeutique générale ? Cela permettrait-il une accession plus facile aux programmes spécifiques ? "*Il existe des idées certaines qui apparaissent dans quasiment toutes les branches de la science ; si on les apprendait de manière générale, ceci ne rendrait-il pas plus facile leur nouvel apprentissage sous une forme différente dans d'autres disciplines ? Ces idées fondamentales ne devraient-elles pas être isolées et enseignées plus explicitement afin de les dégager des champs spécifiques de la science ?*" (17). D'où l'idée hypothétique d'une science générale, véritable processus de formation à la pensée.

(14) Cf. cité par Bruner dans *The Process of Education* : Mémoire d'Inhelder et stades piagétiens traduction, p. 40 sq.

(15) Wallon cité par Lurçat dans l'article "Une psychologie de l'éducation est-elle possible ?" 1972, p. 86 *Orientations* n° 45 ; "Restez aux frontières, c'est là que vous ferez des découvertes".

(16) J.S. Bruner, *The process of education*, New York, 1972, traduction, 1974, p.26.

(17) J.S. Bruner, *The process of education*, New York, 1972, traduction, p.9

## 2 - Prolégomènes à une philosophie de la formation

Si des indications devaient être apportées à tout éducateur comme prolégomènes à une philosophie de la formation, elles se résumeraient ainsi :

- en ce qui concerne l'apprentissage, préférer le transfert non spécifique au transfert spécifique - en effet, le second à court terme est factice et dépendant d'un concret fugace tandis que le premier cultive la richesse de l'abstrait et permet l'adaptation à l'inattendu. Par ce biais, les étudiants pourraient entrer dans toute profession nouvelle. L'école se garderait donc de devenir une usine à faire des praticiens chômeurs...

- en ce qui concerne la mémoire, seul un processus régénérateur de vision globale et structurante se doit de la cultiver : ne jamais intégrer de matériaux détaillés, car ils sont destinés à être oubliés. Seule la formule et l'image ponctuelles doivent être ravivées, mais elles ne pourront servir que si les spirales compréhensives des disciplines se déroulent à partir d'elles.

*"Une bonne théorie doit véhiculer non seulement la compréhension immédiate d'un phénomène, mais aussi son souvenir futur"* (18).

- en ce qui concerne la pensée, un formateur digne de ce nom devrait plutôt entraîner les élèves à la fabrication *"d'hypothèses fertiles"* (19), de *"prévisions rusées"* (19) et de *"sauts courageux vers une conclusion probable"* (19) face à un problème plutôt qu'à la répétition de discours par des *"idiots parlants"* (19). *"L'objectif de l'éducation n'est pas la production d'idiots sûrs d'eux-mêmes"* (19). D'où la nécessité de l'apprentissage fondamental du courage et de la confiance en soi par l'éduqué :

*"Une personne qui pense intuitivement peut souvent atteindre des solutions justes mais elle peut aussi être dans l'erreur... par conséquent, ce type de pensée réclame la volonté d'accomplir des erreurs loyales par l'effort de résolution des problèmes. Une personne peu solide manquant de confiance en elle-même peut être incapable de courir de tels risques. D'où la nécessité de l'entraînement au courage"* (20). Seule garantie de survie de la cité !

Les prolégomènes à toute philosophie de la formation seraient donc, mettre au défi, chercher, penser intuitivement, voir globalement, structurer sa pensée selon une spirale compréhensive métadisciplinaire (21), spirale toujours en mouvement...

Les présupposés théoriques du processus de formation seraient :

- l'activité intellectuelle est partout la même, chez le jeune enfant comme chez le chercheur à la frontière du savoir.
- À n'importe quel âge, on peut tout apprendre, sous une forme intellectuellement honnête.

## 3 - Approche d'une didactique générale

À l'aide de ces présupposés une théorie de l'instruction pourrait s'ébaucher. Elle devrait spécifier quant à son champ :

- quelles devraient être les expériences ou les difficultés qui permettraient le mieux d'étudier ;
- quelle devrait être la structuration de la connaissance optimale quant à la compréhension, à savoir : se référer à l'ensemble des propositions à partir desquelles un plus grand corpus de connaissances peut être créé.

(18) J.S. Bruner, *The process of education*, New York, 1972, traduction, p. 25.

(19) J.S. Bruner, *The process of education*, New York p. 64, 1972.

(20) J.S. Bruner, *The process of education*, New York, traduction, p. 66, 1972.

(21) Cf. l'hypothèse d'une science générale.

Elle montrerait aussi ce qui prédisposerait à la réflexion : la recherche et la tentative de résolution des problèmes par l'exploration des alternatives, la minimisation des risques dus à l'erreur (22) et en contrepartie la maximisation de l'apport informationnel de cette dernière. Elle n'oublierait pas cependant d'indiquer la **primauté de l'attitude envers l'activité intellectuelle et ses conséquences, fort prégnantes.**

Elle déterminerait la structure de la connaissance grâce à deux principes :

- tout ensemble de postulats sur un sujet peut être réduit à un ensemble économique et générateur. La compréhension de tel ensemble de propositions doit donc simplifier un domaine de connaissances et fournir à l'élève une base lui permettant de faire des **prédictions futures** ;

- ce que l'on connaît sur un sujet ne peut être séparé de l'ordre et de la manière dont cette connaissance a été acquise. Car, connaître quoi que ce soit, ce n'est pas simplement connaître un sujet mais plutôt être capable de le retrouver, de le manipuler, de l'utiliser : pouvoir le retrouver et l'utiliser dépend largement de la manière dont on l'a appris.

Elle désignerait enfin la nature de la séquence optimale d'apprentissage en insistant sur les **stratégies optimisantes** : il y a une certaine classe de stratégies quant à la présentation de matériaux qui aboutissent vraisemblablement à ce que : en premier lieu, une connaissance acquise se transforme en des structures conceptuelles économiques et, en second lieu, à ce que l'étudiant puisse lui-même transférer cette connaissance dans des situations nouvelles.

Ce serait une véritable **théorie de l'instruction** dont la nature se devrait d'être prescriptive en ce sens où, elle établirait des règles qui concerneraient le processus optimal d'acquisition d'une connaissance ou d'une aptitude et, normative en ce sens où, elle se reconnaîtrait le droit d'instituer avec un très haut degré d'abstraction la production d'un certain type d'enseignement en vue d'un certain type d'enseignés.

Ces étudiants deviendraient des citoyens aptes à anticiper, capables de stratégies optimisantes devant des situations nouvelles, mis en permanence au défi d'inventer. Cette théorie de l'instruction communiquerait une dynamique aux formateurs, remettrait en question comme le voulait Bachelard leurs concepts clés, les obligerait à un inconfort épistémologique afin de sauver le processus dans son éternelle mouvance. Par cette énergie nouvelle insufflée on devrait lutter contre la passivité de simples spectateurs et sauver ainsi la civilisation de l'image de son apathie et de son manque d'esprit critique. Citoyens enfin capables "*d'autonomie d'attention active*" (23), de résolutions de situations complexes, d'anticipations de conflits. Le pont serait ainsi jeté sans trop de risques entre le passé et l'avenir pour toute cité.

(22) Cf. le statut positif de l'erreur chez Bachelard.

(23) J.S. Brunel, *The process of education*, New York p. 72, 1972.

## THÉMATIQUE

## Sur "acte et puissance "

ARISTOTE, *Métaphysique* II K9, pp. 613 à 620. De la génération et de la corruption I, 3, 317b 23, Ed. Vrin, 1971, Physique I, 8, p. 192b 27 et I, 9, p. 192.

## Sur "obstacle épistémologique "

BACHELARD, *Le rationalisme appliqué*, pp. 104-105, PUF, 1949.

## Sur "rupture épistémologique "

BACHELARD, *La formation de l'esprit scientifique*, Ed. Vrin, 1938.

## Sur "l'analyse "

DESCARTES, *Discours de la méthode*, Règle VI, pp. 53 et 138, Pléiade, 1978.

## Sur les concepts de psychologie cognitive : intelligence, mémoire, apprentissage, transfert.

BRUNER, GOODNOW, AUSTIN, *The study of thinking*, New-York, Norton, 1971.

## Sur l'éducation :

BRUNER J.S., *The process of education*, New-York, Norton, 1972, traduit par Christiane Peyron-Bonjan, E.N.S. Saint Cloud, 1974, CREFED.

## Sur le complexe :

MORIN Edgar, *La Méthode* 1, 2, 3, 4 de 1977 à 1992.



# LEÇONS MODERNES DE LA PÉRIODE SOPHISTIQUE

Par

Christiane PEYRON-BONJAN

*Docteur en Histoire de la Philosophie - Université Aix-Marseille III*

## I - INTRODUCTION

### 1 - Le contexte historique : Description

Entre 460 avant Jésus Christ et 322 avant Jésus Christ, la philosophie grecque peut être divisée en deux phases : la sophistique et les philosophies lui succédant à savoir celle de Socrate, de Platon et d'Aristote (1). La période sophistique s'étend entre 460 et 400 avant Jésus Christ pendant toute la période de l'administration de Périclès et de l'hégémonie d'Athènes.

Au point de vue politique, trois moments : l'aristocratie de la naissance, puis l'aristocratie de la richesse, et enfin la démocratie pure. La seconde révolution fut plus rapide que la première car les riches manquaient de titres pour soutenir leurs privilèges ; pour cela aucun autre principe politique n'existait que la communauté, le suffrage et le sort.

Au point de vue moral ce bouleversement eut des conséquences. Elle imprima aux esprits le sentiment de l'instabilité des choses. Les lois apparurent comme des créations toutes humaines. Elles perdirent leur caractère sacré et immuable. La loi devint synonyme de convention. Elle devint donc susceptible d'être modifiée.

De plus, la démocratie fit une large place à l'éloquence. Dans un état démocratique, tout devait être obtenu par la persuasion. On parlait à des hommes libres, égaux ; le seul moyen de parvenir à ses fins, c'était de les décider à voter la mesure que l'on soutenait. Ainsi se développa l'éloquence avec ses éléments : la dialectique et l'art de toucher les passions, c'est-à-dire la rhétorique. L'orgueil et l'égoïsme qu'avaient montrés les cités dans les guerres intestines et le développement de la richesse cultivèrent l'orgueil et l'égoïsme individuels. Au sein de la cité il y eut la lutte des riches et des pauvres : l'instinct parla plus haut que la tradition.

Au point de vue religieux, les guerres médiques avaient fait connaître aux grecs une multitude de dieux nouveaux, de là un respect moindre pour les dieux nationaux. De plus, l'art, la statuaire eut pour résultat de montrer les dieux dans des formes proches des hommes, purs produits de l'imagination humaine. Enfin les

---

(1) Protagoras : 485 av J-C, 410 av J-C.  
Socrate : 470 av J-C, 399 av J-C  
Platon : 427 av J-C, 347 av J-C  
Aristote : 384 av J-C, 322 av J-C.

spéculations des anciens sages influencèrent les croyances. Il faudrait rappeler qu'Anaxagore et Protagoras furent condamnés pour leurs opinions sur les dieux, ce qui prouvait que les idées des philosophes pénétraient la foule. En s'ébranlant le principe religieux menaçait tout le reste de ruine ...

## 2 - Le contexte historique : Analyse

Ainsi, soit dans l'ordre politique, soit dans l'ordre moral, soit dans l'ordre religieux, le libre examen se substituait à la tradition.

On écartait ce qui ne pouvait se démontrer par la parole et on substituait l'humanité aux dieux. On croyait à la possibilité et à la valeur de la persuasion ; la raison humaine devenait la seule mesure des choses.

Cet état d'esprit ne pouvait être indifférent à la philosophie ; car son premier effort, à savoir concilier le Multiple et le Réel qui existe avec l'Un et l'Idéal qui doit exister, était acculé à une impasse -soit sacrifier le Multiple comme Empédocle, soit sacrifier l'Un comme Démocrite avec l'atomisme.

Seul un terrain nouveau comme celui des discours et du monde des idées pouvait la sauver ; pour cela, les philosophes renoncèrent à étudier le problème cosmologique pour se tourner vers les problèmes dialectiques et pratiques, puis, émerveillés de la fécondité de ce sol nouveau offert par le monde politique, ils se demandèrent si on ne pouvait pas trouver dans son fond des éléments pour une conciliation de l'Un et du Multiple qu'avait vainement poursuivie l'ancienne Physique.

La première tâche, à savoir prendre possession du monde de la vie pratique fut remplie par les sophistes -vie intellectuelle et vie morale étant encore confondues -. La seconde tâche, à savoir chercher si dans ce monde nouveau ne pourrait s'opérer la conciliation de l'Un et du Multiple fût celle de Socrate, de Platon et d'Aristote.

## II - LA DOCTRINE PRATIQUE POSITIVE DE PROTAGORAS

### 1 - L'homme

Afin de mieux situer les sophistes, prenons l'exemple de Protagoras : né à Abdère, il vécut entre 485 et 410 avant Jésus Christ ; compatriote de Démocrite, son apogée se situe entre 444 et 440 avant Jésus Christ. Dès sa trentième année, il parcourt les villes grecques en offrant contre rémunération son enseignement à tous ceux qui voudraient acquérir un degré de culture supérieur. Le premier, il brava l'impopularité attachée au nom de sophiste et revendiqua ce nom. Il laissa ses élèves juges du prix à payer et il leur permit de verser la somme soit à lui même soit à un temple.

Il se donnait comme maître dans l'art de former un homme et un citoyen ; il professait les vertus civiques et l'économie domestique. Il enseignait à avoir le dessus dans la discussion, à faire de la cause la plus faible, la cause la plus forte ; il introduisit les combats d'arguments. Le premier, il inventa la technique des discussions sur les thèses, l'art de réfuter à volonté une thèse ou son contraire, l'art de confondre son interlocuteur quel que fût le terme de l'alternative choisi (2).

---

(2) Il ne nous reste que quelques titres de ses écrits : Vérité et Discussion, Grand Raisonnement, Sur la Politique, Sur les Dieux.

## 2 - La Doctrine

Il se vantait que quiconque s'attachait à lui et recevait son enseignement s'en trouvait meilleur. Il avait l'ambition d'enseigner la vertu car elle pouvait être apprise et acquise. Comment la définissait-il ? Elle se résumait en d'une part, la prudence dans l'administration des biens et des affaires domestiques et d'autre part, en l'habileté à agir et à parler en ce qui concernait les affaires publiques. Son axiome était le suivant : **bien agir comme citoyen, c'est par dessus tout observer la justice (3) et la pudeur (4).**

En ce qui concernait la parole, la vertu (5) consistait à être capable de triompher dans les luttes oratoires et à faire paraître plus forte une cause qui préalablement paraissait plus faible. D'ailleurs, sous tous ses formes, le Bien était considéré comme relatif : ce qui était utile à l'un était nuisible à l'autre et réciproquement.

Mais comment acquérir la vertu ? Protagoras professait que ni le hasard ni même la nature ne pouvaient rendre un homme vertueux. Il considérait le sentiment de la justice et de la pudeur comme innés dans l'homme mais ce don ne suffisait pas. **La vertu était affaire de nature (6), d'art (7) et d'exercice (8).** Protagoras croyait donc au progrès. Il fallait donc ajouter à la nature l'art et la pratique ; l'art et la pratique n'étant rien l'un sans l'autre...

## 3 - Analyse de la sophistique de Protagoras

Quels sont les motifs de cette doctrine pratique positive ? En premier lieu, l'idée d'utilité car dans une cité démocratique la valeur individuelle avait une bien plus grande importance que dans un état aristocratique ; d'où l'idée d'une éducation non seulement physique mais aussi intellectuelle et morale. En second lieu, l'idée de la possibilité d'une éducation morale. Déjà remarquait Protagoras, l'éducation selon l'opinion elle-même de la foule était possible et efficace ; d'où son éloge des cités, des progrès réalisés par l'humanité et de la civilisation.

Comment rassembler sa doctrine sous forme synthétique ? Cette doctrine spéculative se résume dans la célèbre formule : *"l'homme est la mesure de toutes choses"*. Mais comment expliciter cette phrase ? Pour Protagoras les choses sont non en elles-mêmes, mais seulement pour l'homme, telles qu'elles apparaissent. Rien n'existe comme sensible en dehors de la sensation. L'homme est donc la mesure de toutes choses subjectivement.

Cette maxime a pour le philosophe une valeur pratique: les vérités se ramènent à l'utilité, l'homme doit accueillir les opinions les plus appropriées à sa nature et à son bien ; il n'y a pas d'opinion plus vraie qu'une autre mais il y en a de meilleures. La prépondérance de l'intérêt pratique résulte et contribue au scepticisme. On substitue l'idée bonne et utile à l'idée vraie. On associe ainsi une morale relativement dogmatique à une logique sceptique. Pour ces raisons, la philosophie pratique prend le dessus sur la philosophie spéculative. Elle consiste à chercher ce qui convient à l'homme du point de vue hellénique c'est à dire du point de vue politique ... Cependant elle préconise deux choses essentielles, à savoir : la justice par laquelle se conserve l'état social et la dialectique par laquelle l'homme agit sur

---

(3) En Grec, "diké"

(4) En Grec "eidos"

(5) En Grec "arété"

(6) En Grec "fusus"

(7) En Grec "techné"

(8) En Grec "mélété"

ses semblables. Cependant la sophistique va dériver ; elle entre dans une autre période considérée comme doctrine pratique plus négative.

### III - L'ÉVOLUTION NÉGATIVE DE LA SOPHISTIQUE : Hippias, Polos, Thrasymaque, Critias, Euthydème

#### 1. Évolution de la sophistique

La sophistique présente une évolution avec des moments essentiels.

Si Protagoras et ses successeurs soutenaient des doctrines dignes d'hommes sérieux, cela pourrait être considéré comme la première étape de la sophistique. En effet, chez Protagoras de belles doctrines sur la vertu et la sainteté de la justice ; chez Gorgias, des portraits moraux et même des spéculations sérieuses sur l'être ; chez Prodicos, des maximes et des explications des dieux par des raisons naturelles sans rien d'irrévérencieux...

Le deuxième moment de la sophistique serait introduit par Hippias. Il accomplit une distinction dangereuse entre droit positif et droit naturel ; toutefois il ne se révolte pas contre le droit positif. S'il distingue deux formes de droits, il n'établit pas entre elles une contradiction radicale.

Mais survient le dernier moment de la sophistique incarné par Polos et Thrasymaque. Pour ces auteurs, droit naturel et droit positif sont contradictoires : la force se trouve du côté du droit naturel tandis que la religion et la morale sont du côté du droit positif. Même les dieux sont expliqués d'une manière révolutionnaire : Critias ne voit plus en eux que l'invention d'un homme habile à la recherche d'un vengeur pour les fautes cachées.

Et c'est dans cette même période qu'apparaît l'éristique (9) frivole d'Euthydème. Les anciens sophistes avaient mis le vraisemblable (10) à la place de la vérité. Les nouveaux sophistes vont jusqu'à soutenir l'absurdité (11) afin d'avoir le dernier mot pour se faire admirer et faire rire de l'adversaire ... Telle fut l'évolution de la sophistique !

#### 2 - Analyse de l'évolution négative de la sophistique

Quels rapports, quelle solidarité entre les premiers et les derniers sophistes ? Protagoras et ses successeurs immédiats sont plus estimables qu'un Polos ou un Calliclès ; mais les doctrines de ces derniers étaient contenues en germe dans celles des premiers. Le scepticisme théorique des premiers sophistes est la cause de la frivolité et de l'immoralité des derniers.

Le principe de Protagoras que l'homme est la mesure de toutes choses pouvait être transcrit en souveraineté du caprice individuel dans une direction sensualiste : ainsi l'ont interprété les derniers sophistes. Mais il pouvait aussi être interprété en souveraineté de la raison (12) humaine distincte des sens, souveraineté permettant d'inventer un nouveau démiurge de la persuasion, à savoir la connaissance, la défense et la pratique de la justice : ainsi le feront Socrate puis Platon.

(9) L'éristique -éris = disputes- est un art qui n'a d'autre but que de triompher à tout prix de l'adversaire par n'importe quels moyens sans souci de la vérité.

(10) En Grec "Endoxon"

(11) En Grec "a -doxa"

(12) En Grec le "nous"

### 3 - Critiques de la période sophistique : Platon, Aristote

Selon Platon, le sophiste est un marchand qui attire et exploite les garçons riches, fait commerce de sa science. Dans le *Gorgias*, Platon désigne la sophistique comme un art mensonger consistant à donner l'illusion de la science sans la posséder de façon à l'emporter dans la discussion sur les spécialistes. Ce n'est pas un art mais une parodie de l'art : l'art légitime se règle sur la vérité tandis que la flatterie se règle sur les goûts de ceux auxquels l'on s'adresse. Platon précise cette opposition entre l'art vrai et la flatterie en ce qui concerne le corps et en ce qui a trait à l'âme : la médecine et la gymnastique s'opposent à la cuisine et à la toilette tandis que la justice et la dialectique contredisent la rhétorique et la sophistique. On aperçoit ainsi la rhétorique comme pendant de la cuisine et la sophistique comme cosmétique de l'âme ...

Aristote n'est pas plus indulgent. La sophistique est la science qui se renferme dans l'accident et non dans l'essentiel. Les reproches de Platon et d'Aristote se ramènent à deux principaux : les sophistes font payer leur enseignement et ils n'apprennent que la fausse sagesse.

### 4 - Valeur de l'analyse de Platon et d'Aristote

Mais quelle est la valeur de leurs critiques ? Examinons ces reproches :

#### - La vénalité

Cette critique ne concerne que l'évolution de la période négative de la sophistique car, il faut faire une différence entre les premiers et les derniers sophistes puisque Protagoras laissait à ses élèves le soin de fixer le prix de ses leçons. De plus, même dans la seconde période, les sophistes faisaient profession de communiquer des choses utiles à leurs semblables.

#### - La fausse sagesse

C'est un grief plus important. Cependant si Platon et Aristote peuvent émettre ce reproche, c'est qu'ils ont à leur disposition la distinction entre l'intelligence et la sensation, l'accident et la substance, distinction qui n'existait pas au temps des sophistes. La sophistique ne fut donc pas toujours une fausse science déclarée et construite comme telle.

## IV - LECTURES POSSIBLES DE LA PÉRIODE SOPHISTIQUE

### 1 - Lectures de la sophistique par Hegel, Groote et Zeller

Alors que Platon avait pensé la sophistique comme une aberration de l'esprit humain, Hegel a réintégré les sophistes dans l'histoire de la philosophie. Il les a pensés comme l'antécédent nécessaire de la réforme socratique... Ils ont apporté l'idée de la subjectivité et, à ce titre, ils ouvrent le deuxième moment de la philosophie grecque. Selon Hegel, l'histoire pouvait se lire ainsi :

Avant les sophistes la pensée abstraite des physiques, après eux avec Platon et Aristote la pensée objective. L'intermédiaire logique était la position de la subjectivité ; la pensée objective serait la synthèse de la pensée abstraite et de la subjectivité.

Sans adopter la position hégélienne, on pourrait cependant admettre avec Zeller qu'elle a permis de dissoudre la philosophie physique antérieure. Sans faire de la sophistique un moment essentiel et nécessaire de l'histoire de la philosophie, on pourrait avec Groote voir les sophistes comme des hommes de leur temps, maîtres réguliers de la morale hellénique résultant de circonstances politiques contingentes au regard de la philosophie.

## **2 - Origine et rôle de la sophistique**

Que ce soit la thèse de Groote ou celles de Hegel et Zeller, les deux hypothèses sont trop exclusives. La sophistique procède, pour une part de causes sociales, pour une autre part de causes philosophiques. Les causes sociales sont la diminution des croyances religieuses et, par voie de conséquence, l'importance que prend l'éducation intellectuelle et morale dans une démocratie comme celle d'Athènes. Les causes philosophiques sont le progrès de la réflexion scientifique des philosophes des siècles antérieurs et le contradictoire de leurs systèmes philosophiques.

L'origine de la sophistique est cette force de la réflexion détachée de son objet par le scepticisme et appliquée aux idées, aux intérêts et au monde humain hellénique.

Quant à son rôle il est double : les sophistes contribuèrent à l'achèvement de la révolution contre la tradition religieuse, ils propagèrent même dans les esprits l'idée du droit du plus fort selon Thucydide et ils apportèrent la Logique sous la forme de l'Eristique et la Morale sous la forme de la Rhétorique. Mais lorsqu'ils cherchent à les fonder, ils ne trouvent que des motifs de scepticisme car ils ne savent recourir qu'aux anciens systèmes...

## **3 - Socrate ou l'avenir de la pensée grecque**

Si les sophistes étaient avant tout des hommes de pratique, il y avait eu de tout temps en Grèce des sages spéculant à un point de vue général comme Esiodé, Solon, Thalès et Pindarre... Cette sagesse devait-elle disparaître et s'effacer devant la vie publique ? Non. Tout au contraire, c'était de ce côté qu'était l'avenir de la pensée grecque. En effet, lorsque dans une société le doute envahit les esprits alors se substitue aux religions une morale fondée sur la raison seule.

Socrate est l'un de ces sages. Devenu philosophe, il procède des penseurs moralistes mais il vient à une époque de scepticisme et il veut asseoir la conscience hellénique en fondant scientifiquement la morale, la justice et la politique sur la raison. Il applique la réflexion non pas comme les sophistes aux idées régnantes, mais aux plus hautes et plus belles idées des sages anciens. Socrate est la réflexion sophistique appliquée à la morale des sages. Il cherche dans une morale transformée en morale philosophique un point d'appui pour la conscience hellénique.

## **V - CONCLUSION**

### **1 - Parallélisme de la période moderne avec la période sophistique**

Au point de vue politique : les bouleversements géo-politiques, les faiblesses institutionnelles, les forces et contraintes des systèmes économiques et enfin les prégnances des luttes démocratiques des partis politiques rappellent en Europe ce sentiment d'instabilité que connût la période sophistique. De la même manière,

aucun autre principe n'existe que le suffrage et la communauté appuyés sur la persuasion des citoyens par l'éloquence.

Au point de vue moral : le développement des richesses accroît le fossé entre les nantis et les pauvres. L'égoïsme et l'individualisme habitent les êtres humains. La loi semble pouvoir être pervertie par le pouvoir. Elle apparaît comme fluctuante et perdrait par là sa référence sacrée : l'immuable justice, reflet du droit naturel.

Au point de vue religieux, l'annonce théorique de la mort de Dieu par Nietzsche d'une part, la culture de désublimation d'autre part, impriment aux générations actuelles le refus de toute divinité, de tout système de croyances. Comme pour la période sophistique on pourrait inscrire : **le principe religieux oublié menace tout le reste de ruine...**

## **2 - Leçons modernes de la période sophistique**

Comme la tradition sombre face aux instincts, la raison humaine peut seule devenir la mesure des lois et des institutions. Forte des leçons de la période sophistique, elle devra se garder du culte de la frivolité et de l'absurdité ; ne pas se laisser envahir par la tentation de l'utilité et de la force sous peine de retranscrire la période de l'évolution négative de la sophistique et ses conséquences néfastes.

Par contre, malgré sa complexité, le monde moderne pourrait, en un premier temps, tenter de s'inspirer des préceptes de prudence (13), de pudeur (13) et de vertu (13) des premiers sophistes afin de préserver le corps social et, en un second temps, permettre la venue d'une pensée qui définirait la conscience moderne en la fondant, qui attellerait la politique à la raison et la morale à l'économie.

---

(13) Ces mots sont à interpréter dans leur connotation grecque.



R.R.J. 1992-2  
Pages 497 à 536

- V -

HISTOIRE DU DROIT



# LES ORIGINES HISTORIQUES DE L'ARTICLE 6 DU CODE CIVIL

Marc PENA

*Maître de Conférences à l'Université de Bourgogne*

## INTRODUCTION

Notre Code civil est souvent fertile en énigmes et en ambiguïtés, en paradoxes aussi : plus ses formules sont générales, abstraites, lapidaires, plus elles semblent importantes et jeter comme un aveu sur les grands principes qui le sous-tendent. Ainsi en est-il du fondamental et douteux, article 6. Fondamental, parce que le texte pénètre toute la réglementation de l'acte juridique pris dans ses multiples variétés, douteux, parce qu'il peut être la clé d'interprétations du Code civil opposées. Mais, tout d'abord, que dit l'article 6 ? "On ne peut déroger par des conventions particulières aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs". Placé en tête du Code civil sous la rubrique préliminaire "de la publication, des effets et de l'application des lois en général", il touche à la licéité des conventions et plus encore il apporte une restriction de principe au droit naturel de contracter. En vertu et au nom de quoi ? C'est là que les exégèses et les prises de position se multiplient. Si la notion d'ordre public ne pose pas vraiment de difficultés, si ce n'est sous forme de constat et d'évolution (1), il n'en va pas de même de la notion de bonnes mœurs et plus encore du lien que le texte semble établir entre les deux notions. En fait, de quoi s'agit-il quant au fond ? Il s'agit de savoir ce qu'est la morale ou plus exactement la morale que la justice et le droit atteignent. Pour certains, comme le Professeur Ripert, la notion de bonne mœurs est voisine de la notion d'idéal moral ou "d'objectivisme" moral (2) au sens où les bonnes mœurs appartiendraient à cette catégorie de notions infuses en l'homme de par nature (3). On va confondre alors ordre public et bonnes mœurs pour que le juge, "gardien de la morale publique" (4) puisse censurer les manifestations abusives des volontés individuelles. Pour d'autres, délaissant le for intérieur des contractants, les bonnes mœurs signifient la morale vue à la lumière des faits sociaux. Ainsi, la morale sera ce que la conscience

---

(1) Cf. Léon Julliot De La Morandière, "L'ordre public en droit privé interne", in *Études de droit civil à la mémoire de Henri Capitant*, Librairie Edouard Duchemin, Paris, 1977.

(2) G. Ripert, "La règle morale dans les obligations civiles", LGDJ, Paris 1949.

(3) *Ibid.*, pp. 12-21.

(4) *Ibid.*, p. 40.

moyenne d'une société ou d'une nation considère comme telle (5). Remarquons immédiatement que ces deux écoles cherchent le "critérium" (6) des bonnes mœurs en dehors du contrat, presque en dehors de la loi. Ce n'est pas le cas de l'école exégétique classique (7) qui va elle "retrouver" (8) la notion de bonnes mœurs dans la construction strictement technique de la convention et, en faisant un pas de plus, dans la loi. Il est important de constater que les partisans de la théorie de la cause et de son extension dans le contrat sont hostiles ou entendent restreindre l'application de l'article 6 du Code civil (9). C'est à cette école que semble se rattacher Henri Capitant, lorsqu'il sépare cet article de la morale et de l'ordre public en le rattachant aux lois qui sont fondées sur la morale et l'ordre public (10), tout en assignant aux articles 1131 et 1133 du Code civil qui traitent de la cause, un rôle de gardiens de l'intérêt général et de la moralité publique (11). Enfin, Julien Bonnetcase semble "tenir le milieu" (12) en ramenant la notion de bonnes mœurs à un aspect de la notion de droit, neutre par définition, écartant à tout le moins la notion de bien (13). Cette notion elle-même ambiguë s'éclaire toutefois si on trouve pour synonyme l'idée de norme juridique et pour aller plus loin si on fait appel à l'idée de principe (de conduite ?) ou de coutume. Voilà qui offre sans doute de formidables potentialités dont ce vocabulaire témoigne. La notion de droit paraît ainsi ouvrir vers l'avenir et en même temps interpeller l'historien (14).

Le droit civil a commencé avant la Code civil. La naïveté de l'affirmation vaut provocation. En tout cas l'interprétation et l'élaboration du droit civil, dont l'article 6 semble être une illustration, montre la continuité d'avant et d'après une codification. De fait, la notion de bonnes mœurs est précisément l'une de ces notions

(5) Cf les conceptions de M. Savatier et M. Démogueu citées par J. Bonnetcase, "La notion juridique de bonnes mœurs", in *Études de droit civil à la mémoire de Henri Capitant*, Librairie Edouard Duchemin, 1977.

(6) *Ibid.*, p. 98.

(7) Parmi les auteurs partisans de ce système, il faut ranger M. Huc et M. Baudry-Lacantinerie. Pour le premier, les bonnes mœurs n'existent "qu'en tant qu'elles sont déterminées et protégées par la loi positive". Le second prend une position rapprochée étant d'accord avec M. Huc pour dire qu'il faut des dispositions légales qui consacrent ce qu'il convient d'appeler "bonnes mœurs" pour que celle-ci fussent respectées. On considère comme telles toutes celles "qui par leur fondement imposent sur des conceptions considérées par le législateur, organe de la pensée nationale, comme essentielles au maintien de la société". Cf J. Bonnetcase, "La notion juridique de bonnes mœurs", *op. cit.*, pp. 96-97.

(8) Cf en ce sens M. Opréa, "Essai sur la notion de bonnes mœurs dans les obligations en droit civil allemand", LGDJ, 1935, p. 74.

(9) Ainsi, pour Huc, l'article 6 n'a aucune raison d'exister, il y aurait toujours une raison juridique autre, en vertu de laquelle on puisse prononcer la nullité ou l'inefficacité de la convention, que ce fût au moyen de l'objet, de la cause ou de la condition. L'auteur considère comme dangereux de donner une formule d'ensemble sur les bonnes mœurs ; mais les tribunaux n'auront pas à s'en préoccuper, c'est la tâche du législateur de découvrir et d'imposer les règles morales dignes d'être respectées par les contractants. Cf J. Bonnetcase, *Précis de droit civil*, Dalloz, Paris, 1928, T. I, 2<sup>e</sup> éd., p. 110.

(10) Capitant est très explicite. "... En effet, l'article 6 ne fait que prohiber les conventions particulières dérogeant aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs. Il interdit donc seulement les dérogations aux prescriptions légales fondées sur la morale ou l'ordre public ; par conséquent pour que la convention soit nulle, il est indispensable, qu'elle soit interdite par une loi. En d'autres termes, l'article 6 proclame la distinction des lois impératives ou prohibitives et des lois simplement permissives ou dispositives. Il n'a nullement pour effet de frapper de nullité les conventions qui, sans violer aucune prescription déterminée, sont cependant immorales ou contraires à l'ordre public. Ces conventions restent en dehors de son domaine ; elles ne tombent pas sous le coup des articles 1131 et 1133", H. Capitant, "De la cause des obligations", Dalloz, Paris, 3<sup>e</sup> éd. 1928, p. 107.

(11) Selon Capitant, la jurisprudence ne s'y est pas trompée : "Il suffit d'ouvrir un Code civil annoté pour constater que les applications jurisprudentielles de l'article 6 sont peu fréquentes, tandis que celles des articles 1131 et 1133 sont fort nombreuses. L'article 6 ne joue devant les tribunaux qu'un rôle infime comparé à celui de deux autres. Et si ces derniers n'existaient pas, les tribunaux seraient fort embarrassés pour appuyer sur un texte la nullité des conventions contraires aux bonnes mœurs ou à l'ordre public qui leurs sont déferées", *ibid.*, p. 107.

(12) J. Bonnetcase, "La notion juridique des bonnes mœurs", *op. cit.*, p. 100.

(13) J. Bonnetcase, *Science du droit et romantisme*, Dalloz, Paris, 1928, pp. 162 s.

(14) Au sens où l'article 6 est l'image vivante de la notion de droit commandant d'une manière constante l'interprétation et l'élaboration du droit civil.

que le droit romain, puis le droit canon, ont transmises à nos législations modernes (15).

À Rome, les "boni mores" s'entendaient des anciens usages reconnus par le droit. Ils pouvaient être fondés sur la coutume des ancêtres ou sur une loi établie par l'autorité publique. Autrement dit, il s'agissait des mœurs de la cité (16) : Les lois écrites les sanctionnaient partiellement et les règles coutumières en étaient déduites. C'est à la défense et au maintien de ces principes que se sont attelées les solutions prétoriennes. Le terme "boni mores" opposé aux "mali mores" apparaît dans l'édit du préteur au II<sup>e</sup> siècle Av. J.-C. (17). Par la suite, la notion aura tendance à s'amplifier et à s'humaniser ; elle ne sera plus le privilège des seuls citoyens de la cité de Rome, mais de tout homme qui veut vivre de bonnes mœurs (18). Il reste qu'en rassemblant les textes parlant des actes "contra boni mores" autour des notions premières de religion, de pietas, de reconnaissance, de respect, de vindicatio et de bonne foi (19) on s'aperçoit du caractère traditionnel de la notion au plan de sa force et de sa valeur juridique. Chacun de ces boni mores, défini avec précision, se présente comme un principe de conduite impératif coutumier (20). Placés en tête des ouvrages des jurisconsultes (21), ils sont connus de tous, comme se rattachant au *ius ventura*, *ius naturale* (22). Loin d'une éthique abstraite et générale, l'affirmation de principes de conduite a permis au législateur de les sanctionner plus aisément, au préteur, de confirmer les mœurs en l'absence de lois (23), au jurisconsulte d'en dégager le contenu jamais épuisé. La conception romaine apparaît donc comme une synthèse entre la norme juridique et la norme sociale et semble être un écho aux problématiques plus contemporaines relevées tout à l'heure. Nous aurons l'occasion de revenir sur cette leçon traditionnelle.

Au début du Moyen-Age la norme juridique s'est effacée au profit de la seule norme sociale. En effet, en droit féodal on n'avait guère l'idée d'un ordre juridique

(15) Cf. F. Senn, "Des origines et du contenu de la notion de bonnes mœurs", in *Recueil d'Études sur les sources du droit en l'honneur de F. Gény*, Librairie Edouard Duchemin, 1977, pp. 44-62.

(16) *Ibid.*, p. 57.

(17) Ulpien, lib. 77 ad edictum, D, 47, 10. De iniur 15,6.

(18) Cicéron, De finibus bonorum et malorum, 3, 19, 62, De officiis 1, 4, 11.

(19) En ce qui concerne le fait de comprendre la religion parmi les bonnes mœurs, à côté des textes littéraires, on pourrait citer en édit des quindecemvirs "sacris faciundis" de l'an 737. Ils invitent les femmes à interrompre leur deuil à raison des jeux séculaires. Sans doute ce deuil est un devoir de pietas. Mais, dans la hiérarchie des devoirs, disent jurisconsultes et philosophes, la religion prend la première place.

En ce qui concerne, d'autre part la pietas, le devoir d'affection envers la partie, entre parents et entre proches, les textes sont multiples pour y reconnaître l'un des "boni mores". Déjà quand Plaute parlait de mores, il y adjoignait les termes pietatem et fidem (Plaute, Ludens, II). Papinien indiquera que des faits qui lèsent la pietas, quae facta laedunt pietatem, contrat bonos mores fiunt (Papinien Lib. 16 quaest., D., 28, 7 de condic. instit., 15).

La gratia, la reconnaissance est aussi, dit le rhéteur et le jurisconsulte et le philosophe de par nature source de droit ; cette gratia qui est le souvenir des amitiés des services d'autrui et la volonté de les payer en retour (Cicéron, De inventione 2, 22, 65 ; 2, 53, 161). C'est à cause d'elle que le mandat, est en principe gratuit.

Le respect est encore l'un des boni mores. C'est à raison du respect, que de nombreux textes déclarent que les enfants ne peuvent intenter un procès à leur parents, ni des affranchis à leurs patrons. Et notamment Ulpien, qui fait mention de cette "reverentia", déclare qu'en principe agir en justice contre parents et patrons, c'est agir "ad versus bonos mores" (Ulpien, 76 ad ed., D. 3, 4 De doli Mal. 4,16).

La "vindicatio", par laquelle nous repoussons toute violence ou toute injustice venant d'autrui. En principe, toute "vis" ou toute "iniuria" envers l'homme est contra bonos mores (Ulpien, lib., 69, ad edictum, D., 43, 16, De vi 1, 28).

Enfin, la bonne foi, est de tout temps au nombre des mœurs de la cité, des boni mores. Les textes littéraires le disent, les textes juridiques le répètent (Plaute, Rudens, v. 11).

(20) Pas de bonne institutions, pas de cité vivante et puissante sans bonnes mœurs.

(21) Notamment Ulpien, lib. 1 institutionum, D, 1, 1, h, t, 1, 3.

(22) En comparaison d'une éthique générale, ces principes de conduite auront ainsi une sanction immédiate.

(23) Institutions et mœurs sont ainsi totalement synonymes à Rome. Cf. E. Cizek, "Mentalités et institutions politiques romaines", Fayard, Paris, 1991.

supérieur aux volontés individuelles (24). On n'admettait pas d'autres limites à la liberté des contrats qu'un ordre supérieur fondé sur la morale chrétienne. La nullité d'un contrat tenait surtout dans l'inobservation des formes plus qu'au "fond" à la "raison intime" du contrat. Cependant, rapidement, la redécouverte du droit romain et l'essor du droit canonique annonça le "déclin" de ce formalisme et amena à rechercher si la validité des contrats ne dépendait aussi de conditions de fond. Or, le droit romain comme le droit canonique portaient en eux la notion de bonnes mœurs : ce fût une "brèche" dans "l'individualisme juridique" du Moyen-Age (25). Si le terme de "convenances" marque bien le principe de la liberté contractuelle, on essaya à travers le droit romain et le droit canonique d'interpréter la mesure de la liberté contractuelle, comme si la raison ne pût aller sans l'équité (26). En fait, toute l'évolution du droit des contrats au Moyen-Age est comme prise entre deux termes : la sécurité nécessaire au commerce juridique, invoquée surtout par le créancier, l'équité qui tourne le plus souvent au profit du débiteur. D'une part, les idées de respect des promesses, de stabilité, de libre recherche du profit, d'autre part, les idées de loyauté, d'équilibre, les préoccupations morales (27). Le droit canon est alors au carrefour de cette synthèse en développant l'idée d'une autonomie de la volonté mais "encadrée" par la notion d'équité naturelle. Pour les canonistes le contrat s'insérait dans l'ensemble du droit et de la morale et c'était de là qu'il tirait sa force (28). L'Église admettait que toute obligation assumée par serment était licite dès qu'elle pouvait être exécutée sans péril pour l'âme et le corps. Ce principe de liberté se fondait et se justifiait car si les canonistes et les théologiens, avec eux, estimaient que le consentement était une base suffisante, c'est parce qu'ils trouvaient immoral de ne pas tenir sa promesse (29). Ainsi, parmi les *boni mores*, les canonistes distinguaient entre *boni mores naturales* et *boni mores civiles* ; l'appel fait à l'équité impliquait que la volonté des contractants n'était pas souveraine (30). Il existait des règles supérieures, de droit et de morale, que les contrats devaient respecter. Les notions que nous rattachons aujourd'hui à des théories (31) aussi diverses que l'objet, la cause, les vices du consentement, l'ordre public, se trouvent confondus dans la notion de bonnes mœurs, d'où la distinction *bonnes mœurs civiles*, *bonnes mœurs naturelles*. Tout se passait en "amont" du contrat : le droit naturel est permanent, immuable et nul ne peut en dispenser ou y déroger, en revanche les lois (romaines) et les coutumes n'obligent que si elles ne vont pas contre le droit naturel et constituent un "*jus aequissimum humanum*". Si les romanistes et glossateurs tous occupés des règles de droit, reprenaient, au contraire, les textes romains relatifs aux pactes conclus *contra leges* (32), la synthèse bartoliste au XIV<sup>e</sup> siècle (33), distinguant l'utilité publique et l'utilité privée, manifesta bien que l'ordre public était conçu

(24) A. Dumas, "Histoire des obligations dans l'ancienne France", Publications du Centre d'Histoire institutionnelle et économique de l'Antiquité Romaine, Faculté de Droit et de Science Politique d'Aix-Marseille, 1972, pp. 114-117.

(25) *Ibid.*, p. 116.

(26) P. Ourliac et J. De Malafosse, *Histoire du droit privé : les obligations*, PUF, Paris, 1957, p. 111.

(27) *Ibid.*, p. 112.

(28) J.-P. Levy, "Cours d'Histoire du droit privé : les obligations", *Les cours de droit*, Paris, 1964-1965, pp. 126-127.

(29) *Ibid.*, p. 126.

(30) P. Ourliac et J. De Malafosse, "Histoire du droit privé : les obligations", *op. cit.*, p. 117.

(31) A. Dumas, "Histoire des obligations dans l'ancienne France", *op. cit.*, p. 115.

(32) Les glossateurs tiraient particulièrement argument de deux textes fondamentaux du Corpus : D. 1, 14, 38, 1 et C. 2, 3, 29, 1. Cette dernière loi rappelait la règle de l'édit par laquelle le prêteur promettait de faire observer les pactes qui ne seraient pas *contra leges*.

(33) Au Moyen-Age les Bartolistes (au premier rang desquels on trouve Cynus (1276-133) et bien sûr Bartole (1314-1357)) ont pour préoccupation de tirer des lois romaines un droit approprié aux besoins de leur temps. De glossateurs, ils deviennent commentateurs. Cf. J. Brissaud, *Histoire du droit privé*, Albert Fontemong Editeur, Paris, 1908, p. 1416.

comme un ordre moral. L'utilitas publica était impraticable, n'avait aucune prise dans la société a-étatique du Moyen-Age. Des hommes qui ne voyaient dans la société qu'un vaste réseau de contrat n'étaient guère disposés à faire passer la loi avant le contrat (34). Ces théories ouvraient un champ très large à la liberté tout en fournissant une arme efficace contre le droit romain. D'où la pratique des renonciations notariales (35) : dans les actes qu'ils recevaient les notaires insérèrent la renonciation des parties à tous les bénéfices ou exceptions tirés des lois romaines. La renonciation s'accompagnant d'un serment, elle était par là même mise sous la protection du droit canonique plus large encore que le droit romain même si on ne pouvait renoncer à une loi d'utilité publique ou conforme aux bonnes mœurs. Ainsi, ces pratiques donnèrent à la longue l'impression que l'acte notarié ne pouvait pas être attaqué par les voies de nullité du droit romain. C'est ce qu'exprime l'adage "voies de nullité n'ont pas de lieu" (36).

Ainsi, si l'évolution médiévale apparaît comme effort pour adapter les moyens juridiques aux sentiments moraux et aux besoins économiques, il n'a pu encore acquérir la notion d'un ordre public supérieur aux volontés individuelles. Il y a dans cette matière un "impérialisme" du droit canonique supérieur à la loi positive. L'impératif théocratique pèse toujours sur la renaissance étatique comme si l'idée médiévale de volonté et de morale ne pouvait s'accorder avec l'avènement d'un ordre public monarchique. Il fallait attendre des changements politiques et intellectuels autant que juridiques.

Les bonnes mœurs ne comprenaient que les bonnes coutumes approuvées par la conscience publique. C'est lorsque ces bonnes coutumes eurent besoin de l'intervention monarchique ou que le pouvoir royal intervint au nom de celles-ci (37), qu'une révolution juridique put avoir lieu et rendre tout son prestige à la loi civile. En même temps la pratique se débarrasse du serment pour admettre les obligations nées du simple consentement (38). Ceci fut confirmé par les parlements du Roi dans la seconde moitié du XVI<sup>e</sup> siècle (39). Ainsi le consensualisme et l'ordre public monarchique avançaient ensemble. Il n'y avait rien de choquant : le consensualisme allait de pair avec des exigences sociales renforcées notamment en matière de formation et de preuve des contrats. Bientôt la reconstitution de l'État réhaussant définitivement la loi civile, amena au rejet de la distinction bonnes mœurs civiles, bonnes mœurs naturelles. Les jurisconsultes (40) déclarèrent nul tout serment

(34) Ibid., p. 1408.

(35) Cf. E. Meynial, "Les renonciations au Moyen-Age et dans l'ancien droit", in Nouvelle Revue historique de droit, Paris, 1900-1901, 1902 et 1904.

(36) Cette règle, on l'a trouvée exprimée par J. Imbert, Avocat à Fontenay-Le-Comte et lieutenant particulier au même siège, dans son ouvrage, "Institutionem communium", libri IV, 13, 13. édition en français de Lyon en 1552, sous le titre "La pratique judiciaire tant civile que criminelle". Cependant, cette règle est vraisemblablement plus ancienne.

(37) P. Ourliac, J. De Malafosse, Histoire du droit privé ..., op. cit., pp. 117-118.

(38) C'est la fameuse ordonnance de Villers-Cotterets en 1539 qui retire aux cours d'Église la compétence en matière de serment. Dans la seconde moitié du XVI<sup>e</sup> siècle, les parlements admettent les obligations nées du simple consentement.

(39) Cf. J.-P. Levy, Cours d'histoire du droit privé..., op. cit., pp. 129-130. Les théoriciens devaient exprimer cet état de chose. Loysel, sous Henry IV, exprimera le nouveau principe consensualiste avec une formule célèbre et pittoresque : "on lie bœufs par les cornes et les hommes par les paroles et autant vaut une simple promesse ou convenance que les stipulations du droit romain".

(40) Parmi ceux-ci Imbert déjà cité, qui ne faisait pas de différence entre la loi civile et la loi naturelle, cf. A. Dumas, Histoire des obligations, op. cit., p. 122, mais surtout Doneau, qui résume d'une façon magistrale la doctrine nouvelle dans ses Commentari (liv. XXIV, C, 9. Cf. Esmein, Nouv. Rev. Hist. du droit, 1888, p. 343). Il n'admet pas que le serment puisse être "contra leges" ; ce qui est prohibé par divers textes du corpus (C.L., 14, 5; D. 2, 14, 7, 16). Hugues Doneau est né en 1527 à Chalons-sur-Saône, élève de Cujas et Arnaud Ferrier à Toulouse, de Baron et de Doneau à Bourges, il quitta la France en 1572 à cause de son attachement à la religion réformée et mourut à Azdorf en 1591. Il fut l'un des adversaires les plus acharnés de Cujas. C'est le seul romaniste du XVI<sup>e</sup> siècle qu'on puisse

contraire à une disposition de la loi parce qu'il était par là même contraire aux bonnes mœurs. Lois positives et équité naturelle (41) se rejoignaient comme l'avait voulu toute la démarche de reconstruction capétienne. Le pacte social prenait sa place à côté du pacte naturel, ouvrant à de nouvelles conceptions politico-philosophiques qui bouleversèrent les conceptions juridiques et notamment le droit des contrats. L'affirmation de la volonté souveraine amenait à l'intervention de l'État (42). D'où les inquiétudes et les flottements dont les temps modernes vont être l'écho (43), mais aussi l'essai de synthèse de cette double évolution en rapprochant la notion de bonnes mœurs de la notion d'ordre public et inversement.

En effet, la "dialectique" bonnes mœurs - ordre public en matière contractuelle pose la question du support indispensable au consensualisme. Cela vaut pour l'ancien droit français comme pour la codification napoléonienne. Il semble d'ailleurs, dans cette matière, comme dans bien d'autres, que l'ancien droit ait préparé en partie les questions et les réponses de notre droit moderne. La matière de l'article 6 du Code civil est à cet égard exemplaire car elle met en avant, de manière éclatante, ce qu'on pourrait appeler la permanence du droit. S'atteler alors aux origines historiques de l'article 6 n'est pas seulement répondre à la curiosité scientifique, mais apparaît comme une exigence indispensable pour en comprendre aujourd'hui le sens et les enjeux. De la rencontre entre bonnes mœurs et ordre public dans l'ancien droit français (I), à la problématique de la liberté contractuelle au moment de la révolution puis surtout de la codification (II), on essaiera d'analyser l'existence, le sens et le développement d'un "civisme contractuel".

## I. - LA LIAISON ENTRE LA NOTION DE BONNES MŒURS ET LA NOTION D'ORDRE PUBLIC DANS L'ANCIEN DROIT FRANÇAIS

Au Moyen-Age le principe de la liberté des conventions était allé dans le sens d'une unification du droit ; presque paradoxalement, de ce principe d'unification va sortir la notion d'ordre public. La liberté avait conduit à la norme sociale par "les filtrages" successifs du droit naturel, de l'équité, des bonnes mœurs souvent de plus en plus synonymes.

En effet, pour combattre les deux grands pouvoirs du Moyen-Age, l'Église et la féodalité, la conception moderne a développé les droits de l'Etat comme la théorie du droit naturel (44). Or, cette théorie, en insistant sur le libre arbitre de l'homme et sur l'autonomie corrélatrice des personnes (45), affirmait que les règles de droit dérivait à peu près toutes du principe du droit naturel. Ainsi, le lien entre la

songer à mettre en parallèle avec Cujas. On a voulu à tort en faire un bartoliste, il appartient à l'école humaniste. Cf. J. Brissaud, "Histoire du droit privé ...", op. cit., pp. 356-357.

(41) Au XVII<sup>e</sup> siècle, pour Domat, qui parachève l'œuvre du XVI<sup>e</sup> siècle, les bonnes mœurs sont les "boni mores naturales", c'est-à-dire l'équité naturelle. Cf. Domat, Lois civiles, liv. 7, Tit. 1, Section 2, § 1. Or, on se souvient que depuis le XIV<sup>e</sup> siècle, le pouvoir royal peut intervenir ou non dans cette équité naturelle par lettres de chancellerie. Ainsi, à partir du XVII<sup>e</sup> siècle, apparaîtra la notion qu'il existe des lois impératives.

(42) En effet, la conséquence logique du rôle assigné à la volonté est que s'il n'y a plus de dualisme nécessaire entre la société et l'individu, il faut un cadre, un standard, des "règles du jeu" donnés justement par l'État.

(43) En effet, il sera bien difficile de concilier le principe de la liberté contractuelle et celui du civisme contractuel.

(44) La théorie de Domat en sera sans doute la meilleure illustration. Cf. Domat, Traité des lois, Chap. I.

(45) Ainsi, la société civile ne peut reposer que sur les conventions. Puffendorf, en publiant en 1673 son livre sur "Le devoir de l'homme et du citoyen d'après la loi naturelle", marque bien que l'homme est devenu désormais, l'origine de l'autorité et du droit.

notion de bonnes mœurs entendu maintenant dans un sens très large (46) et la mise en avant d'un ordre public monarchique est l'une des caractéristiques essentielles de la période qui s'étage entre le XVI<sup>e</sup> et le XVIII<sup>e</sup> siècle.

Apparaissait alors, l'intérêt régulateur de l'ordre public rapproché des bonnes mœurs : admettre facilement les voies de nullité au sein de l'"édifice contractuel". On posait la question des limites à la liberté contractuelle tout en se demandant par quels moyens on pouvait "faire tomber" les conventions illicites. C'est ce schéma simple et logique que l'on va maintenant s'attacher à suivre.

## A - LA FORMATION D'UN ORDRE MONARCHIQUE

Autant que l'entreprise de restauration de l'État, les XVI<sup>e</sup> et XVII<sup>e</sup> siècles voient l'apparition et le développement de l'idée d'un "droit rationnel" (47). La notion d'illicite va alors trouver son plein épanouissement comme héritière de ce double phénomène. En effet, l'absolutisme royal conduit à affirmer que "l'ordre public tout entier émane du monarque" (48) et donc que la "justice légale" (49) du roi représente le bien commun face aux intérêts privés ; quant au droit rationalisé, il trouve sa source aussi bien dans la nature des choses que dans la volonté humaine (50). L'ordre social et l'ordre moral vont être ainsi étroitement liés dans le rigorisme du principe de licéité. L'État reconstitué utilise désormais l'ordre moral tout en le "laïcisant".

On cite abondamment des passages de l'Écriture, de Saint Paul notamment, affirmant que celui qui désobéit au magistrat désobéit à Dieu (51). Dans cette entreprise on va utiliser toute la force intellectuelle et scientifique du droit romain. L'étude acharnée des textes romains, à travers l'école humaniste (52) conduit à la recherche de principes rationnels et abstraits dont le droit serait porteur. Hugues Doneau, jurisconsulte et contemporain de Cujas (53), dans ses "Commentari de jure

(46) En effet, les bonnes mœurs comme l'ordre public avaient maintenant avant tout un intérêt régulateur. Pour Domat, encore, les bonnes mœurs c'est le droit naturel : "il y a deux sortes de conventions illicites : celles qui blessent le droit naturel et les bonnes mœurs et celles qui sont contraires au droit positif", Domat, Lois civiles, I, Titre XVII, S 4.

(47) Domat et avant lui la plupart des humanistes dont Cujas, trouveront justement dans le droit romain une expression de la raison. Ne confondons pas toutefois la méthode de Domat romaniste avec celle des juristes romains. Tandis qu'en effet, à Rome, l'équité se cherchait dans l'observation du monde, Domat utilise l'introspection. Pour lui c'est la raison qui permet de discerner l'équité. Et sur la base des textes romains, il se propose d'édifier un ensemble de droit naturel immuable fondé sur la raison. C'est pour lui, la véritable source du droit. C'est de cela que Portalis sera l'héritier. Cf. A.J. Araud, "Les origines doctrinales du Code civil français", LGDJ, Paris, 1969, p. 71.

(48) Dans la fameuse séance de Flagellation Louis XV affirme hautement que l'ordre public tout entier émane de lui. Il s'agit, à l'époque, de répudier l'idée que la Nation a des droits et des intérêts distincts de ceux du monarque, mais la formule était ancienne et son histoire est liée au progrès de l'absolutisme.

(49) Notamment à travers l'action des leures de justice. Cf. P. Petot, "Cours d'histoire du droit privé : Les cours de droit", Paris, 56-57.

(50) Qui sont d'ailleurs de plus en plus synonymes. Cf. P. Ourliac et J. De Malafosse, Histoire du droit privé..., op. cit., pp. 113-115.

(51) Saint Paul, Romains, I, 13.V.2.. Si celui qui résiste au magistrat résiste à l'ordonnance de Dieu, à plus forte raison, il faut le dire de celui qui résiste aux bonnes lois qui commandent aux magistrats et sur lesquelles reposent la puissance et l'autorité des magistrats.

(52) L'école humaniste se caractérise dès le début du XVI<sup>e</sup> siècle par le mariage entre l'étude du droit et les lettres humaines, notamment à travers le latin, c'est-à-dire le culte de l'Antiquité et surtout l'étude historique du droit romain. La laïcisation du droit, notamment à travers Cujas donna des principes nouveaux au "terrible pouvoir de juger". Cf. J. Brissaud, Histoire du droit privé, op. cit., pp. 347-357.

(53) Cf. infra note 40 de l'introduction.

Sur Cujas. Bernardi, "Éloges de Cujas", Paris, 1775 ; Berriat Saint Prix, "Histoire du droit romain suivie de l'histoire de Cujas", Paris 1821 ; Appleton, "Coup d'œil bibliographique sur quelques jurisconsultes français", Paris, 1874 ; J. Flach, "Cujas, les glossateurs et les bartolistes", Paris 1883 ; Lettres inédites de Cujas, publiées par S. De Ricci, annotées par P.F. Girard (Extrait de la Nouvelle revue historique du droit, XL), Paris 1917 ; Deux nouvelles lettres de Cujas, publiées par S. De Ricci, annotées par P.F. Girard, Paris 1921 (Extrait de la Nouvelle revue historique de droit français, 1920) ; Enfin, 4<sup>e</sup>

civili" n'admet pas la validité d'un serment fait "contra leges" (54). Recevant la leçon romaine, on concevait ces lois comme commandant le ou les magistrats et sur lesquelles reposaient la puissance et l'autorité des magistrats, autrement dit, pour Doneau et les praticiens et jurisconsultes qui suivent (55) ces lois établissaient un "droit public" (56) fondé sur l'intérêt général et concernant le bien de tous les citoyens (57). Une autre idée complémentaire va venir s'ajouter, d'abord implicite puis formelle. Il s'agit, pour aller un peu vite, de la supériorité du contrat social sur les contrats de particuliers. La rédaction et la publication des coutumes au XVI<sup>e</sup> siècle (58), mettant fin à l'incertitude du droit et enfantant par là même d'un droit commun coutumier (59), permis à des auteurs comme Guy Coquille (60) de considérer que la coutume de chaque province était la volonté du peuple de la province (61). La positivité du droit venant du monarque ou des coutumes populaires était maintenant patente. Tous et toutes participaient d'un ordre. C'est cette expression que l'on va rencontrer sous la plume du jurisconsulte Domat (62), au XVII<sup>e</sup> siècle et qui semble venir comme aboutissement et synthèse des évolutions rencontrées depuis deux siècles. En effet, dans l'introduction à son *Traité sur les lois civiles* (63) dans l'ordre naturel, Domat détermine un certain nombre de règles que doivent suivre les engagements : "Que chaque particulier étant lié à ce corps de la société dont il est membre, il ne doit rien entreprendre qui en blesse l'ordre" ; et il ajoute : "Ce qui renferme l'engagement de la soumission et de l'obéissance aux puissances que Dieu a établies pour maintenir l'ordre" ; enfin, il insiste : "Que l'engagement de chaque particulier, à ce qui regarde l'ordre de la société dont il fait partie, ne l'oblige pas seulement à ne rien faire, à l'égard des autres, qui blesse cet ordre, mais l'oblige à se contenir dans son rang, de telle manière qu'il ne fasse aucun mauvais usage ni de soi-même, ni de ce qui est à lui : car il est dans la société ce qu'est un membre dans le corps" (64). On le voit, le dessein de Domat est de mettre "les lois civiles dans l'ordre naturel", parce que pour lui, l'équité naturelle est l'esprit des textes du droit positif. Ceux-ci trouveront, par ailleurs, leur affermissement dans le droit romain, expression de la raison universelle (65). L'intérêt régulateur de cette

---

centenaire de Cujas célébré à Toulouse le 17 décembre 1922, Discours de M. Declareuil, Toulouse 1923.

(54) Doneau, *Commentarii XXIV*, C. 9. cité par Esmein, *Nouvelle revue historique du droit français*, 1888, p. 343.

(55) Parmi eux on peut citer : Hotman, Favre, Fabrot, Godeffroy, Dumoulin, tous romanistes, ou encore des légistes praticiens ou coutumiers comme Ferrière, G. Coquille d'Argentré, E. Pasquier, Lamoignon, D'Aguesseau. Tous fournissent ainsi les premières armes du "rationnalisme juridique".

(56) On n'entendait pas alors le droit public au sens où nous l'entendons aujourd'hui : "Droit public" est traduit de "jus publicum", de textes de Papinien et d'Ulpien. D, 2, 14, 38 et 50, 17, 45.

(57) Il s'agit donc bien d'un "ordre public".

(58) La rédaction officielle des coutumes du Royaume fut prescrite par l'article 125 de l'Ordonnance de Montils-Les Tours en avril 1453. Cf. J. Brissaud, *Histoire du droit privé*, op. cit., pp. 362-371.

(59) La doctrine s'attacha aux principes généraux, issus de la rédaction des coutumes et l'unité de législation civile se réalisa ainsi tout d'abord dans les livres. Les plus remarquables de ceux-ci sont, au XVI<sup>e</sup> siècle, "l'institution au droit français", de G. Coquille et les "Institutes coutumières" de Loysel.

(60) Jurisconsulte célèbre du XVI<sup>e</sup> siècle, ses travaux juridiques sont marqués par deux traités dominants : il est sérieusement préoccupé de droit public et en même temps il est préoccupé de l'unité législative du Royaume. Cf. P. Viollet, "Histoire du droit civil français", Réimpression de la 3<sup>e</sup> éd. du précis de l'Histoire du droit français, Paris, 1905, Scientia Verlag Nalen, Allemagne 1966, pp. 229-231.

(61) Cf. J.P. Levy, "Cours d'histoire du droit privé", op. cit., p. 147.

(62) Domat (1625-1696) est sans doute l'un des plus éminents représentant de la jurisprudence française au XVI<sup>e</sup> siècle. Magistrat, compatriote et ami de Pascal, janséniste, il écrivit un ouvrage essentiel : "Les lois civiles dans l'ordre naturel" à la portée juridique et philosophique considérable. Cf. œuvres de J. Domat chez Fournier Didot Père et Fils, Charles Béchét, Librairie de jurisprudence, Boiste fils aîné, Paris 1828, publié en 1989 par le Centre de Philosophie Politique Juridique de Caen.

(63) L'introduction au principal ouvrage de Domat est appelée "Traité des lois", cf. la publication du Centre de Philosophie politique et juridique de Caen, 1989.

(64) Domat, *Traité des lois*, ch. V, 3.

(65) Cf. Domat, *Traité des lois*, ch. XI, 19.

notion d'ordre public ne trouve ici sa manifestation ultime qu'en invoquant les bonnes mœurs qu'il ne distingue d'ailleurs pas du droit naturel et de l'équité (66). Il s'agit bien de rechercher ce que l'on pourrait appeler les racines ou l'intelligence des lois : "on voit dans toutes sortes d'engagements et dans tous les autres qu'on saurait penser, que Dieu ne les forme, et n'y met les hommes que pour les lier à l'exercice de l'amour mutuel, et que tous les différents devoirs que prescrivent les engagements, ne sont autre chose que les divers effets que doit produire cet amour selon la conjoncture et les circonstances" (67). Du coup, un peu plus loin, Domat en appellera au droit positif en insistant : "il faut ajouter à ces remarques sur ce qui regarde les engagements, qu'ils demandent l'usage d'un gouvernement qui contienne chacun dans l'ordre des siens" (68). Domat en vient à développer et à préciser la notion de licéité et à donner par là même sa conception de la liberté contractuelle : "Que tout engagement n'est licite qu'à proportion qu'il est conforme à l'ordre de la société et que ceux qui le blessent sont illicites et punissables, selon qu'ils y sont opposés ... Ainsi, les promesses et les conventions qui violent les lois et les bonnes mœurs n'obligent à rien qu'aux peines que peuvent mériter ceux qui les ont faites" (69). Il y a donc bien deux sortes de conventions illicites : celles qui blessent le droit naturel et les bonnes mœurs et celles qui sont contraires au droit positif (70). Par là, Domat peut distinguer les lois naturelles des lois "arbitraires", mais pour mieux les rapprocher : "les lois naturelles étant la justice même, elles ont une autorité naturelle sur notre raison ; car elle ne nous est donnée que pour sentir la justice et la vérité, et nous y soumettre. Mais parce que tous les hommes n'ont pas toujours la raison assez pure pour reconnaître cette justice, ou le cœur assez droit pour y obéir, la police donne à ces lois un autre empire indépendamment de l'approbation des hommes, par l'autorité des puissances temporelles qui les font garder. D'un autre côté, l'autorité des lois arbitraires consiste seulement dans la force que leur donne la puissance de ceux qui ont droit de faire des lois, et dans l'ordre de Dieu, qui commande de leur obéir" (71). Ainsi, si elles sont différentes par nature, les deux lois se retrouvent dans la notion d'ordre évoquée plus haut ; l'une et l'autre apparaissant tour à tour comme des corollaires. Domat a donc au XVII<sup>e</sup> siècle un sens impératif, coercitif de l'organisation et surtout des exigences sociales. L'ordre monarchique triomphant lui fait rejeter franchement les obligations au contenu illicite. Au XVIII<sup>e</sup> siècle, le célèbre Pothier (72), moins soucieux sans doute de l'ordre monarchique, s'attachera à trouver l'illicite, dans le contrat lui-même, c'est-à-dire dans ces conditions de validité et notamment en développant la notion de cause du contrat que Domat avait à peine entrevu (73). La notion de bonnes mœurs existe

(66) Selon Domat, la science du droit a ses principes dans la loi divine et dans les règles immuables de l'équité naturelle : en d'autre termes, il la tire des idées chrétiennes et du droit naturel qui, sur bien des points, se confond avec le droit romain ou se rapproche de lui. Cf. Domat, *Traité des lois*. ch. I.

(67) Domat, *Traité des Lois*, ch. IV, 5.

(68) *Ibid.*, ch. IV, 6.

(69) *Ibid.*, ch. V, 10.

(70) Celui-ci étant ainsi le corollaire indispensable des autres, cf. ch. V, 3 et 4.

(71) *Ibid.*, ch. XI, 20.

(72) R.J. Pothier (1699-1772) fut professeur à l'Université d'Orléans et conseiller au présidial de la même ville. Sa vie se résume dans son œuvre qui est considérable et qui consiste : 1<sup>o</sup>) dans les "*Pandectae in novum ordinem digestae*" où il fait de chaque titre du Digeste un traité méthodique, en transposant les textes pour rattacher entre eux ceux qui avaient quelques affinités, en les complétant par des définitions, des divisions, des règles et des exceptions ; 2<sup>o</sup>) dans de nombreux traités sur le droit civil dont le "*Traité des obligations*" qui sont les modèles de clarté, de précision et de méthode. Ces ouvrages, marqués par le rationalisme juridique propre à son siècle et hérités aussi fortement d'un Domat que d'un D'Aguesseau, ont ainsi singulièrement facilité l'œuvre des rédacteurs du Code civil.

(73) Il semble ainsi, que la fonction de la notion de cause soit différente chez Domat et chez Pothier. Plus encore, le contenu même de la notion n'a peut-être pas le même sens dans les deux systèmes. Si Domat réfléchit sur la cause de l'obligation, Pothier s'attache lui à la cause de l'obligation. Du coup Domat exige simplement pour la validité d'une obligation une cause alors que Pothier insiste sur le

mais par rapport essentiellement à l'intérêt et à la protection des parties au contrat elle-même, plutôt que dans son assimilation ou sa rencontre avec l'ordre public (74).

Il reste que si le principe d'un ordre à la fois naturel et positif est certain, il n'en va pas de même de sa définition précise et donc de son application. Il faut souligner ici le rôle essentiel dévolu au juge sous l'Ancien régime. En effet, si l'ordre monarchique avait ses lois, toutes n'étaient pas également impératives : des distinctions s'imposaient. Les lois conçues en termes "négatifs et irritants" étaient impératives ; au contraire, pour les lois qui ne défendaient pas de faire quelque chose de contraire à leurs dispositions on devait revenir au principe "convenances vainquent loi" (75) et énoncer leur caractère supplétif. Le rôle essentiel dans le tracé de cette distinction appartient à un élève de Cujas, conseiller au parlement de Toulouse à la fin du XVI<sup>e</sup> siècle : Dufour de Saint-Jory (76). Quant au mot "suppléer", il est dans l'œuvre de Claude-Joseph de Ferrière au XVIII<sup>e</sup> siècle, si précieux dans sa définition du droit public monarchique (77). Ainsi, si dans certains cas on restreignait et liait la volonté des personnes, on admettait également de plus en plus l'exercice effectif de cette volonté (78). La rationalisation de l'ancien droit se poursuivait donc, entre les exigences croissantes et concomitantes de la liberté des conventions et de l'ordre social.

Le pouvoir royal, depuis le XIV<sup>e</sup> siècle intervenait face à la coutume par lettres de Chancellerie au nom de l'équité ou de l'ordre légal. Ceci se développa. Il s'agissait de faire respecter la loi ainsi restaurée et d'essayer d'établir une théorie des nullités des conventions illicites. C'était bien entendu, l'efficacité de la notion nouvelle d'ordre public qui était en question et la portée, dans ce nouvel ordre des bonnes mœurs.

## B - LA NULLITÉ DES CONVENTIONS PORTANT ATTEINTE AU NOUVEL ORDRE

Au XVI<sup>e</sup> siècle, le droit change ou a déjà changé : le consensualisme tend à triompher partout et l'illicéité se transforme en illégalité (79). Lorsque dans la seconde moitié de ce même siècle les parlements admettent les obligations nées du simple consentement, ils ont derrière eux la pratique coutumière (80). Ainsi, les

principe d'une cause honnête d'où découle directement que les obligations nées d'une cause illicite n'ont pas de force obligatoire. Cf. S. Van Brakel "Domat ou Pothier ?", in *Études de droit civil à la mémoire de Henri Capitant*, Librairie Duchemin, 1977, Paris, pp. 865-873.

(74) Le caractère immoral de la convention est le plus souvent établi par Pothier en insistant sur le fait que l'"obligation de l'une des parties n'est souvent immorale que si on la met en rapport avec l'autre partie", *ibid.*, p. 871.

(75) Loysel, *Institutions coutumières*, op. cit., n° 356.

(76) Pierre Dufour de Saint-Jory, Premier président au parlement de Toulouse (1600) est l'auteur d'un commentaire sur le titre *De regulis juris*. Son étude sur la loi "nee ex praetorio" (D. 50, 17, 27 n° 36, 37 du commentaire) fut le point de départ de la doctrine des derniers siècles. Cf. A. Dumas, *Histoire des obligations*, op. cit. p. 122.

(77) "Quand les lois ont été faites que pour suppléer à des conventions omises dans les contrats, on peut y déroger par des conventions contraires", Ferrière, *Coutume de Paris*, t. III, p. 16, n° 10. A contrario, pour Ferrière reprenant en cela les textes célèbres du digeste (D. 50, 17, 45, 2, 14, 38) il existait des lois établissant effectivement un "droit public". "on ne peut déroger aux lois par des conventions particulières, quand elles établissent un droit public qui concerne plutôt le bien de tous les citoyens que l'intérêt du particulier", *ibid.*, t. III, p. 8, n° 11.

(78) Cf. P. Ourliac, J. de Malafosse, *Histoire des obligations*, op. cit., pp. 118-119.

(79) C'est-à-dire que l'ordre juridique s'est renforcé définitivement en intégrant l'ordre politique en formation et l'ordre moral.

(80) "Toutes convenances font à tenir" (c'est-à-dire sont à tenir), telle est la maxime que proclament un grand nombre de coutumiers du XIII<sup>e</sup> siècle, en particulier, Beaumanoir (n° 999). D'autres expriment une idée analogue sous une forme plus ou moins voisine. Ainsi si l'exigence des formes est prépondérante au Moyen-âge, la maxime a cet intérêt d'attacher de la valeur au consentement. Les coutumiers (cf. par exemple le "livre de justice et de Plet" qui issu de l'école orléanaise a été écrit sous Saint-Louis) ont donc conscience dès cette époque que les formes ne sont pas utiles par elles-mêmes et

nullités instituées par les coutumes comme celles des ordonnances royales sont appliquées de plano par les tribunaux. Le système consensuel devait donner une nouvelle importance à la théorie des nullités. Cependant, les dispositions impératives des ordonnances ou des coutumes ne contiennent presque rien sur les contrats (81) car ceux-ci dépendaient désormais directement du droit romain (82). Or, les dispositions du droit romain n'ayant pleine force exécutive en France qu'avec l'accord du roi (83), il fallut des lettres royales de justice pour qui voudrait invoquer en justice un moyen tiré du droit romain (84). Cette théorie assez factice amenait à admettre avec difficulté la voie de nullité (85), mais au-delà de la procédure, elle posait indirectement la question de l'authenticité d'une obligation tant au plan de sa raison intime qu'à celui de son environnement. Le processus d'unité et de rationalisation du droit devait donc trouver là une première sanction.

Quant à l'environnement, il est clair que le droit des contrats s'inscrit dans la notion de bien commun dont le Roi est le garant et l'incarnation. Les lettres de justice royales en viennent presque à constituer l'équivalent de l'"équity" anglaise, apportant des corrections aux règles anciennes des contrats. On les compare également aux rescrits employés par les empereurs romains, c'est-à-dire que les lettres ou lois forment un ordre juridique auquel les contrats ne peuvent déroger. Le Roi est alors considéré comme le successeur du prêteur (86) et peut émettre des lettres de rescision (87) qui donnaient l'ordre au juge d'annuler les contrats contraires au droit (88). Il est important de souligner que ces lettres, qui portaient mandement aux juges qui les devaient faire exécuter de remettre les parties en l'état où elles étaient avant le contrat, soulevaient un problème de fond touchant les rapports du spirituel et du temporel et la conception que l'on avait de l'engagement contractuel. En effet, on l'a déjà évoqué, il fallut tout d'abord, tenir compte du serment prêté par

que le consentement est véritablement ce qui compte. Ainsi, petit à petit, la pratique coutumière en arrivera à se passer du serment surtout à partir du moment où l'ordonnance royale de Villers-Cotterets en 1539 retirera aux cours d'Église la compétence en matière de serment. Cf. P. Viollet, *Histoire du droit civil français*, op. cit., p. 173.

(81) *Ibid.*, pp. 180-182, surtout à partir du XV<sup>e</sup> siècle.

(82) En effet, le droit coutumier va recevoir presque entièrement, en matière de contrats le droit romain. La pratique adopte l'usage des clauses stipulatoires simplifiées dans les actes notariés. De même les coutumiers dès le XIV<sup>e</sup> siècle recopient les classements du droit savant relatif aux vêtements des pactes. Du coup à partir du XV<sup>e</sup> siècle les coutumiers ne traitent presque plus ou même plus du tout des contrats. Ce simple silence est un symptôme : il signifie que le domaine des contrats cesse de ressortir au droit coutumier et dépend désormais directement du droit romain, les coutumes rédigées officiellement au XVI<sup>e</sup> siècle parleront encore moins de contrats. Cf. J. Brissaud, *Histoire du droit privé*, op. cit., p. 883.

(83) Cette thèse fut développée par divers auteurs de l'ancien régime et devint en quelque sorte classique. Par exemple, Imbert, *Enchiridion*, V<sup>e</sup> contrats ou au XVI<sup>e</sup> siècle ; G. Coquille, *Institution au droit des Français*, p. 7.

(84) Au commencement il appartenait à la chancellerie d'examiner si le moyen de droit proposé par l'impétrant devait ou non être admis. Tous les bénéfices du droit écrit, qui avaient été écartés par la pratique des renonciations, ne furent pas reçus indistinctement comme cause de rescision. Il se fit un triage. On ne prit du droit romain que ce qui paraissait juste et raisonnable. Cf. A. Dumas, *Histoire des obligations*, op. cit. pp. 130-131.

(85) Même si les lettres de rescision, délivrées de plus en plus sous examen préalable, étaient en matière temps un moyen de tourner la règle : "voies de nullité n'ont pas de lieu", au profit du droit romain.

(86) Comme le magistrat romain, il jouait donc un rôle correcteur, marquant par là son autorité souveraine en tant qu'unique magistrat.

(87) Jusqu'à la fin de l'ancien droit on vit dans ces lettres de rescision une manifestation de la souveraineté royale. Ainsi s'explique, alors que les lettres royales n'étaient plus qu'une formalité. Le peu de succès qu'eut une requête faite par les États d'Orléans en 1560. Vainement ils demandèrent au Roi de supprimer la formalité des lettres royales "afin de remettre et de laisser au cours souveraines ce qui était permis et déclaré par le droit commun et de charger le peuple des frais du sceau et poursuite d'iceluy", cité par A. Dumas, *Histoire des obligations*, op. cit., p. 129. La requête fut repoussée parce qu'elle semblait entreprendre sur l'autorité du Roi, comme l'affirmera plus tard avec la force le Roi dans la célèbre "séance de la flagellation", l'État tout entier émanait de lui.

(88) C'est-à-dire contraires à l'ordre public monarchique.

les parties qui confirmait des renonciations à l'application des principes du droit romain (89). Dès le XVI<sup>e</sup> siècle cet obstacle disparut. Ainsi, l'extension donnée à l'idée d'utilité publique fortifiée par la notion d'équité, impliquait que la promesse même fortifiée par un serment ne pouvait rien contre la loi civile. Bientôt on en vint donc à admettre que le juge puisse prononcer la nullité "de plano", non seulement pour les dispositions impératives des coutumes et ordonnances mais aussi pour les nullités "ipso jure" fondées sur le droit romain (90) : les lettres de rescision commencèrent à entrer en décadence (91). Ainsi les nullités de plein droit mettaient en relief l'office du juge : faire respecter la volonté du prince. L'environnement conduisit à ce que l'on a appelé fort à propos, une théorie française des nullités, touchant de ce fait à la structure intime du contrat. Au XVI<sup>e</sup> siècle, si les nullités de plein droit triomphaient, ou distinguaient mal leur degré de force et de diversité. Déjà, le jurisconsulte Bertrand d'Argentré (92), commentant certains articles de la coutume de Bretagne (93) distingue les nullités fondées sur une "cause publique", en pareil cas les actes atteints n'étaient même pas "dignes" du nom de contrats, et les rescisions concernant les intérêts privés, rescisions qui devaient être spécialement prononcées par le juge (94). Cette distinction avait ces insuffisances : elle avait aussi ses immenses avantages. Jusqu'au XVIII<sup>e</sup> siècle la doctrine et la jurisprudence n'en dégagèrent pas nettement toutes les conséquences : on confondait les nullités d'intérêt privé et les causes de rescision. Cependant, rappelant la distinction romaine des nullités de plein droit ou par l'office du prêteur (95), elle avait surtout pour mérite de mettre en relief, de façon très nette, un groupe de nullités fondées sur une "publica causa", sur l'intérêt public. Ces nullités résultaient ainsi d'actes illicites ou contraires aux bonnes mœurs : pour l'ordre royal il s'agissait de la même chose. Quant à sa forme, comme à son contenu, le contrat devait ici se conformer aux exigences sociales. Lorsque l'ancien droit envisageait pêle-mêle et parfois en les confondant les nullités résultant d'un contrat passé avec un mort civil, un fou, un enfant qui n'a pas l'âge de raison, portant sur une chose hors commerce ou totalement contraire aux bonnes mœurs, à l'équité naturelle, aux bonnes coutumes, il développait déjà un civisme contractuel. Au XVIII<sup>e</sup> siècle le Président Bouhier et le jurisconsulte Dunod de Charnage (96) développèrent les idées de D'Argentré en

(89) Cf. E. Meynial, Les renonciations au Moyen-âge et dans l'ancien droit, in Nouvelle Revue historique de droit, 1900, 1901, 1902 et 1904.

(90) Pour les nullités opérant "ipso jure" de plein droit, les textes romains disent souvent que l'acte est "nullus, nullius momenti, inutilis". Ce mode de soulever les nullités était très fréquent : par exemple lorsqu'il manque au contrat un de ses éléments essentiels, de même lorsque le contrat présente un caractère immoral ou illicite mais aussi, on voit intervenir comme cause de nullité "ipso jure" certaines incapacités ou vices au consentement. Cf Levy, Histoire du droit privé, op. cit., p. 163.

(91) Cette tendance se heurta toutefois à des résistances et ne fut pas unanimement suivie dans toutes les provinces, cf. *ibid.*, p. 167.

(92) Bertrand d'Argentré (1519-1590), jurisconsulte traitant de droit coutumier fut président au Présidial de Rennes, commentateur de la coutume de Bretagne.

(93) Celle-ci fut ainsi réformée en 1580 en s'inspirant de d'Argentré.

(94) D'Argentré met en relief de façon très nette un groupe de nullités qui sont fondées sur une "publica causa", ce sont des nullités résultant d'actes illicites ou contraires aux bonnes mœurs. Dans ce cas la seule exécution de la loi annule le contrat sans qu'un jugement soit nécessaire. D'Argentré, sur Bretagne, an. 283, G.L. I. n° 7, 8, 9, 10. À ces nullités d'intérêt public, d'Argentré oppose d'autres nullités qui ne regardent que les intérêts privés. Elles sont réglées par un droit tout différent. D'Argentré ne semble pas admettre que parmi ces nullités d'intérêt privé, il y ait des nullités de coutumes. Dans son idée, ces nullités privées ne sont que des causes de rescision. Toutes les nullités de coutume seraient d'intérêt public et produiraient un effet absolu. D'Argentré, sur Bretagne, 266 GL "de qualitativibus titolorum". Ce sentiment se retrouve chez la plupart des auteurs du XVI, XVII, et XVIII<sup>e</sup> siècles. Dumoulin, G. Coquille, Domat, Pothier n'envisagent en dehors des cas de rescision, qu'une nullité absolue. Chez aucun d'eux on ne trouve l'idée d'une nullité relative qui puisse être proposée en plein droit sans les lettres royales.

(95) Cf. P. Ourliac et J. De Malafosse, Histoire des obligations, op. cit., p. 39-58.

(96) Tous deux praticiens et Bourguignons. J. Bouhier (1673-1746) était Président à mortier du Parlement de Dijon. Homme d'une immense érudition il fut sensible au courant moderne qui pénétrait

insistant sur la notion de nullité "absolue" (97). "Nos auteurs distinguent deux sortes de nullités. Les unes ont pour principe l'intérêt public : de telles nullités anéantissent l'acte essentiellement et radicalement, en sorte qu'on le regarde comme non fait et non avvenu", remarquait Bouhier (98) et Dunod De Charnage ajoutait : "la nullité qui résulte de la prohibition en ce cas est absolue, parce que la loi résiste continuellement et par elle-même à l'acte quelle défend" (99). La loi résistante par elle-même à l'acte qu'elle défend ... il y avait là toute la philosophie juridique et sociale de l'ordre monarchique : la rigueur de la nullité (100) débouchait sur l'intrusion de l'ordre public dans le domaine du droit privé. Il reste que ce point de vue de la doctrine ne paraît pas avoir immédiatement pénétré la pratique (101) : la technique juridique de l'ancien droit formé à l'"école des faits" ne savait et ne pouvait tout prévoir. À la réglementation précise par les textes on préférait une large part d'adaptation laissée à l'interprète, le juge.

C'est sans doute pour cela que la théorie de la nullité privée eut beaucoup de mal à être précisée puis systématisée. Du XVI<sup>e</sup> au XVIII<sup>e</sup> siècle D'Argentré, Dumoulin (102), Guy Coquille, Domat, Pothier, n'envisagent, en dehors des cas de rescision qu'une nullité absolue. Ainsi, avec la coutume, seul l'intérêt public semble en jeu et la nullité du fait de ces coutumes ne peut être couverte ni par la prescription, ni par la confirmation. L'idée d'intérêt public utilisé à la fois comme justification et comme moteur de l'ordre monarchique en oubliait la "raison interne" du contrat et les intérêts des parties en cause pour s'en remettre à la prudence du juge (103). Finalement, seul Dunod De Charnage avec une théorie des nullités d'intérêt privé transformée en nullité "respective" (104) distingue la nullité privée et la rescision en faisant remarquer l'existence de nullités ne reposant que secondairement sur l'intérêt général et touchant principalement un intérêt privé (105). En ce XVIII<sup>e</sup> siècle l'apport était considérable puisqu'il formait une brèche dans la vision monolithique que l'on avait encore de l'ordre monarchique. Surtout, tout ceci mettait en avant

dans la jurisprudence tout en restant fidèle au courant traditionaliste. Il fut en fait un des derniers humanistes parmi les juristes français. Cf. sur le "cas" Bouhier, A.J. Arnaud, "Les origines doctrinales du Code civil français", op. cit., pp. 83-89.

(97) Qu'ils distinguent des nullités qu'ils appellent "respectives".

(98) Bouhier, Observations sur la coutume de Bourgogne, 19, n<sup>o</sup> 12 et 13.

(99) Dunod De Charnage, Prescriptions, pp. 47, 49.

(100) En somme le contrat atteint d'une nullité absolue était juridiquement inexistant. Cette nullité pouvait être opposée par tout intéressé et ne pouvait être couverte ni par la prescription ni par la confirmation d'un des intéressés. Cf. Dunod, Prescriptions, p. 47.

(101) On eut par exemple, beaucoup de mal à classer chacune des causes de nullités dans les catégories "absolues" ou "respectives". Dans le cas par exemple, des actes passés par une femme mariée sans autorisation maritale, la source de la nullité se situait dans la coutume. Point n'était donc besoin de se munir d'une lettre de rescision. Aussi classa-t-on d'abord ces nullités avec les nullités absolues. La solution n'était pas satisfaisante car il ne s'agissait de protéger que la femme. Lorsqu'un tiers qui avait contracté avec elle voulait soulever cette nullité absolue, qu'allait-on faire ? On le lui refusa en invoquant ce prétexte qu'il n'avait aucun intérêt à la demande. La vérité était que la seule personne à protéger était la femme ou à la rigueur son mari et cet exemple montrait la confusion entre la classification moderne d'un Dunod et la question tout à fait artificielle des lettres de rescision. Cf. Levy, Histoire du droit privé, op. cit., pp. 168-169.

(102) Charles Dumoulin (1500-1566) est peut-être le plus grand juriste consulté au droit coutumier du XVI<sup>e</sup> siècle ; C'est surtout un champion des idées nouvelles, de la pensée secrète des hommes du Tiers-État. Avec la conception moderne des droits de l'État avec la théorie du droit naturel il a des armes contre les deux grands pouvoirs du Moyen-âge : l'Église et la féodalité.

(103) Cela est sans doute caractéristique de la conception que l'on aurait de la place et du rôle du juge dans l'ancien droit. Il reste que le "systématisme rationaliste axiomatique" allait bouleverser les méthodes traditionnelles, et jusqu'à la conception même, que se faisaient les juristes, des grands ensembles de droit. Cf. A.J. Arnaud, "Les origines doctrinales du Code civil français", op. cit., p. 124.

(104) Cette nullité respective ne produit donc d'effet que si l'intéressé demande l'annulation du contrat ce qui a quelque ressemblance avec la voie de rescision. Ainsi, Dunod De Charnage comprend la rescision dans la catégorie des nullités respectives mais toute nullité respective n'implique pas pour autant la voie de rescision. Cf. A. Dumas, Histoire des obligations, op. cit., p. 137.

(105) Dunod, Traité des prescriptions, p. 48.

l'ambiguïté des conceptions politiques, juridiques et sociales à la veille de la révolution ...

Tous les hommes du Moyen-âge croyaient en accord, avec la théorie scolastique (106) que la volonté du fait même qu'elle est, n'est pas toujours ce qu'elle devait être. L'humanisme des temps modernes tout imprégné de l'idée de l'"homme" (107) fait naître une nouvelle théorie du droit (108) : la volonté apparaît comme souveraine (109). La conséquence logique du rôle assigné à la volonté est qu'il n'y a plus de dualisme nécessaire entre la société et l'individu, l'individu créant la société comme il crée le droit (110). Dans cette logique le droit en vient presque à perdre son caractère de fait social pour devenir une idéologie : celle qui doit conduire l'homme à la justice et au bonheur. Du coup, la société civile ne peut reposer que sur les conventions et Puffendorf peut avancer l'idée que l'homme est devenu l'origine de l'autorité et du droit (111). Une autonomie contractuelle presque illimitée est reconnue à la volonté humaine. John Locke explicite tout cela : "en suivant la raison nous ne dépendons que de nous-même" (112). Au XVIII<sup>e</sup> siècle les Physiocrates concevront la société comme une série d'individus libres et autonomes unis entre eux par les rapports contractuels d'échange (113). Cependant, par là même, philosophes, romanistes, jurisconsultes en viennent à analyser cette volonté.

Le "je veux donc j'ai des droits" est plus que sujet à caution dans une société française où l'absolutisme monarchique règne en maître. De plus, l'ordre social puis l'ordre juridique, conditionnent et encadrent l'exercice de la volonté. Dans l'ancien droit on discute de savoir ; comme pour la loi ou la coutume, si l'accord de volontés ne peut aller contre la raison, la loi naturelle ou les bonnes mœurs (114). L'ordre monarchique, on l'a vu, pose clairement le problème de l'illicite de par le développement même de la notion de volonté. Ainsi, le domaine contractuel du jeu ou du pari fournissait souvent l'occasion d'appliquer ces principes d'ordre public et de moralité (115). Mais c'est surtout au niveau de l'objet illicite (116) et de la cause

(106) En effet, l'enseignement scolastique n'identifiait pas volonté et intelligence. Leurs rapports pour Saint Thomas d'Aquin par exemple, ne sont qu'une illustration du principe général emprunté à l'ontologie que l'objet propre de la volonté ne peut être que le bien en tant que tel. Cf. F. Gilson "La philosophie du Moyen-âge", Payot, Paris 1986, pp. 232-233. Un homme exalté mais aussi isolé ou détaché du corps social ce qui aboutira au triomphe de l'individualisme. P. Sylvam "Les origines de la pensée moderne", La Colombe, Edition du vieux colombier, Paris, 1963, pp. 25-34.

(107) Un homme exalté mais aussi isolé ou détaché du corps social ce qui aboutira au triomphe de l'individualisme. P. Sylvam "Les origines de la pensée moderne", La Colombe, Edition du vieux colombier, Paris, 1963, pp. 25-34.

(108) C'est l'apparition dans tous les pays de l'idée d'un "droit rationnel" irrigué par la pensée de Descartes et développée par Suarez et Grotius, *ibid.*, pp. 43-52.

(109) Au "je pense donc je suis" correspond pour les juristes : "je veux donc j'ai des droits". Cf. P. Ourliac, J. De Malafosse, Histoire du droit privé, *op. cit.*, p. 113.

(110) La valeur morale ou sociale des fins poursuivies disparaît : il suffit que la volonté s'applique pour que, sous la seule réserve de ne pas empiéter sur la volonté d'autrui, elle ait le pouvoir juridique de réaliser ce qu'elle veut.

(111) Cf. Puffendorf, "Le devoir de l'homme et du citoyen d'après la loi naturelle", de 1673.

(112) J. Locke, "Traité du gouvernement civil", Librairie philosophique J. Vrin, Paris, 1985, pp. 34-38. Domat et surtout Pothier ont été sensibles à ces principes individualistes et les ont donnés tels quels au Code civil.

Pour Domat, l'homme est responsable de ces actes volontaires. Cela est conforme aussi bien à la tradition théologique et canonique, qu'aux principes volontaristes modernes. Et Domat considère que la volonté doit diriger tout le droit, l'homme étant de sa nature un être libre. Cf. Domat, Lois civiles, Part. 1, L. 1, T. 1, S. 2, para. 7.

Pothier adopte, au nom du droit naturel, les principes volontaristes modernes : la formation des contrats est soumise au consensualisme. La théorie des vices du consentement est parfaitement achevée. L'effet relatif des conventions est affirmé à plusieurs reprises. Très important, enfin, le système d'interprétation des conventions, fondé sur la recherche de l'intention des parties qui, seule, crée l'obligation. Cf. Pothier, Obligations, n° 3-4-86.

(113) La société du contrat est donc le point d'orgue de toute organisation sociale.

(114) Cf. Petot, "Cours d'histoire du droit privé", *op. cit.*, p. 124.

(115) Il est reconnu que les jeux "d'exercice" sont licites, de même le tric-trac ou jeu de tables ; le jeu d'échec est un exercice honnête ainsi que le jeu de loto (rifle). Malgré la répugnance de l'Église, les

naturelle, équitable ou morale (117) que l'ordre public joua à plein. Dans l'ancien droit l'objet a été, en effet, l'occasion de cerner le problème de l'illicite (118) la notion de cause permettant de rechercher le but des contractants ou l'équivalence des prestations (119).

L'ordre public et les bonnes mœurs, en amont de ces notions un peu flottantes d'objet et surtout de cause, ont donc permis à l'ancien droit de rechercher la sécurité et la moralité du contrat au moment où celui-ci prenait une expansion tant idéologique que pratique. Cependant la "sacro-sainte" liberté contractuelle attendait sa rationalisation : c'est-à-dire sa mise en ordre. La Révolution et l'ordre Napoléonien héritèrent alors en ce domaine de l'architecture passée, tout en apportant la force de l'uniformité.

Au-delà des contingences, parfois spectaculaires, la permanence du droit put s'exprimer ici. La chronologie, les événements "emportèrent" les "principes" avec eux.

## II. - LE PRINCIPE DE LA LIBERTÉ CONTRACTUELLE DU DROIT "INTERMÉDIAIRE" À LA CODIFICATION NAPOLÉONNIENNE

La Révolution juridique qui s'est opérée en France entre 1789 et 1814 est à la fois une et hétérogène. Une parce que le droit révolutionnaire, fondé sur l'idée d'un sujet autonome et volontaire, a pour piliers la liberté individuelle et la propriété. Le Code civil est alors la consécration de cet individualisme en prolongeant dans le droit privé l'œuvre émancipatrice entamée par la Révolution dans le droit public. Hétérogène parce que si l'individualisme juridique entraîne que le citoyen nouveau contracte en tant qu'homme conscient de soi et que donc toutes les obligations qu'il engendre par cet acte individuel porteront nécessairement la marque de l'individualité, il y a une grande différence entre installer cet individu dans l'horizon politique comme durant la phase du droit intermédiaire ou dans l'horizon de l'ordre social comme le fera le Code Napoléon. C'est sans doute pour cela que l'ordre public est avant tout conçu comme un ordre politique par les Révolutionnaires, la notion de bonnes mœurs semblant ainsi en partie passée sous silence, alors que le Code civil fondera sur le besoin individuel d'ordre et de bonnes mœurs la constitution de l'État de droit (120). Retracer cette évolution en apparence contradictoire sera ici notre fil d'Ariane.

juristes leur sont favorables. Au contraire, le jeu de dés partout pratiqué est interdit par les canonistes alors que le pari paraît normal pour les marchands. Enfin, les parlements interviennent sans cesse pour prohiber les jeux de hasard. Cf. P. Ourliac et J. De Malafosse, "Histoire du droit privé, op. cit., p. 156.

(116) Pour Domat, "Les conventions où l'on met dans le commerce ce qui n'y entre point" sont nulles. Domat, *Traité des lois*, II, 1, 15 ; Pothier au contraire, n'indique pas que l'objet doit être licite : c'est pour le moyen du but poursuivi que la moralité sera sauvegardée dans le contrat. Pothier, *Droit des obligations*, n° 128.

(117) C'est aux XII<sup>e</sup> et XIII<sup>e</sup> siècles qu'apparaît la notion de cause naturelle et équitable. C'est l'aspect le plus simple : celui de l'équité et de l'équilibre des prestations. Quant à la cause morale elle est l'œuvre des théologiens Saint Augustin, Abelard, Saint Thomas et du droit canonique. Cf. Grégoire IX dans la *Décrétale "siccantio"* X, 2, 22, 14.

(118) Notamment au niveau de la détermination de l'objet. Cf. Pothier, *Droit des obligations*, n° 131.

(119) La systématisation vint de l'école du droit naturel : Grotius fait procéder la notion de cause d'une analyse de la volonté, (cf. infra note 110). Domat distingue l'absence de cause, empêchant le contrat de se former, l'erreur sur la cause ou fausse cause, qui est une cause d'annulation, et la disparition de la cause qui entraîne la résolution. Cf. Domat, *Traité des lois*, IV, 2, 18. Pothier ajoute enfin que "tout engagement doit avoir une cause honnête". Cf. Pothier, "Droit des obligations", n° 131. Ce sont les idées même du Code civil.

(120) Cf. A.J. Arnaud, "Les origines doctrinales du Code civil français", LGDJ, Paris, 1969 op. cit., pp. 121-124. Peut-être peut-on aller alors plus loin et affirmer avec M. Villey qu'"il n'est pas vrai que le Code civil ait admis que toute expression de la liberté individuelle ni toute convention méritaient d'être

## A - LA MISE EN ORDRE DU DROIT RÉVOLUTIONNAIRE

On dit souvent que de tous les éléments de la vie publique le droit civil est peut-être celui que la révolution a le moins ébranlé et le moins modifié (121). Sans doute peut-on trouver une explication dans la nouvelle articulation entre droit privé et droit public que le droit révolutionnaire tend à mettre en place, où tout paraît désormais revenir au droit public (122). C'est que l'individu révolutionnaire en train de se créer doit être nécessairement et à la fois homme et citoyen. Si la déclaration de 1789 fait de l'homme le dépositaire de ses droits, il fait surtout du citoyen la conscience sociale et juridique de ces nouveaux droits. L'homme-citoyen va ainsi se reconnaître à sa place dans l'ordre nouveau qui l'oblige puisqu'en étant la source. L'individu révolutionnaire est donc bien avant tout un sujet de droit public. Dans toute la sphère de son activité humaine et sociale, il sera obéissant à la loi, à un ordre public, dont il est l'origine et l'incarnation. L'ordre révolutionnaire prend ici le relais de l'ordre monarchique en gagnant par l'abstraction et le volontarisme politique en efficacité, en légitimité. Désormais tout est, au sens révolutionnaire du terme, ordre, puisque l'individu révolutionnaire réfléchit la volonté générale. Les personnes civiles et donc le droit civil, peuvent alors apparaître comme écrasés par ce nouvel ordre, qui, avec le développement de la révolution porte un autre nom : la raison d'État (123). Dans ce schéma la notion de bonnes mœurs est soit abordée dans la sphère triomphante du politique, soit une notion récurrente et allégorique empruntée à l'ancien droit. La contrainte sociale ne prend plus la forme d'un ordre moral extérieur. En effet, à l'ordre politique et révolutionnaire s'ajoute un autre élément indissociable mais aussi en contradiction avec celui-ci. Tout le sens de la nouvelle civilisation juridique né de la révolution est que le véritable contenu de ce sujet public que l'on vient de décrire est en fait un sujet privé. L'individu sera conscient de sa vocation civique mais aura en même temps ce que l'on pourrait appeler des intérêts particuliers. Surtout, après l'échec du citoyen de 93 (124), va prévaloir l'idée que l'intéressement de l'individu à l'ordre et à la loi, ne peut s'opérer que dans le cadre du droit privé, du droit civil. L'homme au sein de la société civile sera considéré dans son existence immédiate, sensible et individuelle, et non plus seulement comme homme politique. On fondera alors la constitution de l'État de droit sur le besoin individuel d'ordre et de bonnes mœurs à nouveau indissociables (125), sur un besoin avant tout de sécurité, plus que de sûreté. Comme la vertu de 93, mais avec des pensées bien différentes, le respect de l'ordre et des bonnes mœurs semble seul capable de "faire aimer la loi" à ceux qu'elle contraint. La leçon à en tirer était et restera sans doute capitale.

Dès 1795, l'avisé Cambacérès propose au Conseil des cinq cents un projet de Code civil qui doit être à la fois "le principe du bonheur social et la sauvegarde de

---

sanctionnée". Cf. M. Villey, "Leçons d'histoire de la philosophie du droit", 2<sup>e</sup> éd. Dalloz, Paris, 1962, pp. 278-279.

(121) Cf. A.J. Arnaud, "Essai d'analyse du Code civil français", LGDJ, Paris, 1973, pp. 15.

(122) E. Guiben-Sledziowski, "L'invention de l'individu dans le droit révolutionnaire", in "La Révolution et l'ordre juridique privé : rationalité ou scandale ?", Actes du Colloque d'Orléans 11-13 septembre 1986, Tome 1, CNRS/Université d'Orléans ; PUF 1988, pp. 173-184.

(123) Ibid., p. 148. Le concept est connu depuis l'Antiquité mais prend évidemment une autre dimension avec le développement du processus révolutionnaire.

(124) C'est ici l'échec de la vertu elle-même prônée par Robespierre pour annuler les effets pervers de la Terreur. De là, la notion de droits naturels de la personne son durement touchée N'est-il pas remarquable que les constituants de l'an III ne connaissent plus "la liberté l'égalité, la sûreté, la propriété" que comme "droits de l'homme en société" ? Cf. Déclaration de l'an III, art. 1.

(125) Donnant ainsi un sens à la contrainte (comme la vertu mais avec des pensées différentes).

la morale publique" (126). Le droit privé devient ainsi une technique essentielle d'agencement social car comme l'avoue encore Cambacérès "dans l'ordre civil comme dans l'ordre politique l'incertitude est un fléau" (127). La conception mécaniste de l'homme et de la société rationalise l'individualisme révolutionnaire en faisant du tissu social une pure coordination d'individualités. Dès lors il faudra s'attacher à ce projet éminemment politique : la stabilité des relations interindividuelles qui passeront nécessairement par la solidarité des liens de famille (128) et la stabilité des liens d'obligations. Le projet de Cambacérès insiste : "... dans le cours de notre travail nous avons eu toujours le soin de concilier l'intérêt privé avec l'intérêt général, ... rien n'a été négligé afin de s'assurer que la stabilité des "conventions ne serait point légèrement compromise" (129). On peut alors avancer l'idée que cette stabilité contractuelle est confiée à l'omnipotence de l'appareil légal avant toute référence à l'autonomie de la volonté individuelle. D'où l'importance de l'environnement autour du contrat chez Cambacérès : "la volonté des parties étant la première loi des contrats, ils doivent être susceptibles de toutes sortes de dispositions ; cette liberté s'arrête aussitôt que l'ordre public et l'ordre moral peuvent avoir à en souffrir" (130). On retrouve le lien entre l'ordre public et l'ordre moral d'avant 1789, donnant une dimension "publique" au droit privé post-thermidorien. L'article 714 du projet du Code civil de l'an IV parlera lui de la nullité des conventions pour "celles qui blessent l'honnêteté publique et l'ordre social", marquant à travers ce terme "d'honnêteté publique" une laïcisation de la notion de bonnes mœurs promise à un brillant avenir.

Il reste que ces maturations tant sociales que politiques et idéologiques impliquant si profondément le droit privé ne sont encore que des virtualités à la veille du coup d'État de Brumaire puisque ce premier projet de Cambacérès ne fut finalement qu'un projet. Le projet de l'an VIII, précisa davantage les choses. Avant le projet victorieux de l'an XII, il pose clairement l'opposition individu / société, et annonce l'article 6 du Code civil en affirmant : "On ne peut, par des conventions, déroger aux lois qui appartiennent au droit public" (131). Il appartint alors au Code civil Napoléonien d'actualiser ces virtualités, en donnant, pour reprendre l'expression de Portalis (132), aux "relations privées des hommes entre eux" la place essentielle dans le nouvel ordre social inspiré à la fois des leçons de l'ancien droit et de l'héritage

(126) Cambacérès, "Projet du Code civil", Librairie Edouard Duchemin, Paris, 1977, p. 1. Il s'agit du premier projet de Cambacérès du 16 prairial an IV.

(127) *Ibid.*, p. 2.

(128) "Quant au mariage, établi au premier rang dans la société, il y occupera toujours la place que les mœurs et la prospérité publique lui assignent que les précautions indiquées tendant à lui conserver, et qu'il n'est pas dans notre dessein de lui ravir", *ibid.*, p. 17.

(129) *Ibid.*, p. 65.

(130) *Ibid.*, p. 59.

(131) Ce projet de l'an VIII sous l'égide de Portalis et de Cambacérès est sans doute le plus proche du Code civil, n'est d'ailleurs intéressant de noter qu'il est rédigé au futur. Cf. Séance du Conseil d'État du 28 messidor an IX (sur proposition de Cambacérès) dans Loaré, *Législation civile, commerciale et criminelle de la France*, 31 vol., Paris, 1927-32, T. 1, pp. 74 et s.

En ce qui concerne notre texte préparant l'article 6, il semble curieux, à première vue, que Portalis n'ait pas fait allusion à cette notion. En réalité, la notion de droit public comprend l'ordre public d'une part, les bonnes mœurs d'autre part. Au niveau de l'illicite les bonnes mœurs seront donc au droit naturel ce que l'ordre public est aux lois positives. Or le système "portalien" étant fondé sur l'existence d'un droit naturel source de droit positif, il suffisait de dire que les conventions contraires au droit public étaient interdites, puisque par ailleurs, le juge était toujours libre, en l'absence d'un texte, et sur une cause qui lui était soumise, d'invoquer le droit naturel. La réapparition, aux côtés de l'ordre public, de la notion de bonnes mœurs, dans le Code Napoléon, manifeste clairement qu'on se trouve dans un système qui verse dans le positivisme puisque le législateur y éprouve le besoin de se référer explicitement à une donnée morale. Cf. A. J. Arnaud, "Essai d'analyse structurale du Code civil français", *op. cit.*, p. 50.

(132) J.-E.-M. Portalis, "Discours préliminaire sur le projet du code civil", Paris, Joubert, Libraire de la Cour de cassation, 1844, représenté le premier Pluviose an IX. Republié en 1989 par le Centre de Philosophie Politique et Juridique de l'Université de Caen, pp. 61-62.

révolutionnaire si proche. "Les liens d'obligations" quant à leur ressource comme à leurs conséquences, recevaient à la fois un héritage et un destin, fait d'ancien et de nouveau.

## B - LA LICÉITÉ DES CONVENTIONS DANS LE CODE CIVIL NAPOLEONIEN

On l'a déjà indiqué, l'article 6 est placé tout au début du Code civil, lorsqu'il s'agit de présenter et d'explicitier "l'architecture juridique" mis en place par celui-ci au travers notamment de ses principes et des normes juridiques utilisées. Autrement dit, il s'agit des grands principes que se donne le Code et, à la limite, les conventions ne concernent qu'une modalité, un support, une "occasion possible" à l'application de ses principes. En résumant et en allant plus loin, pour le Code civil l'activité de l'individu ne pourra s'épanouir librement qu'à partir d'une norme sociale et juridique. C'est sans doute Frédéric Portalis (133) qui, en 1844, exprime le mieux cette philosophie : "la connaissance de la loi est pour chaque citoyen un profitable enseignement ; en apprenant à connaître ses devoirs envers le corps social, en pénétrant la raison et l'utilité de chaque prescription légale, l'homme agrandit son jugement, il rectifie ses idées et réduit leurs justes portions des prétentions souvent exagérées, faute de bien comprendre qu'il est une position de ses libertés et de ses droits, à laquelle chacun de nous doit renoncer afin que la liberté et les droits de tous soient suffisamment garantis" (134). D'où l'idée que l'article 6 serait une sorte de condition négative de la validité du contrat alors que l'article 1108 du même Code civil émettrait des conditions positives (135). Cependant, il faut se garder de penser que les défenses de l'article 6 auraient un simple caractère d'exception. Au contraire, il s'agit de conditions intrinsèques pour lesquelles la société s'infiltré dans la structure du contrat. Ce "tabou" de l'illicite (136) montre ainsi que le contrat n'est pas seulement ce mécanisme individuel que suppose l'article 1108 mais que l'accord des volontés doit se conformer à toutes les conditions que, du dehors de la société lui impose (137). Avec l'article 6, l'illicite siègera à l'intérieur du contrat mais par rapport à des conditions extérieures à celui-ci (138).

Cependant cette importante réglementation de l'acte juridique ne doit pas seulement s'analyser sous l'angle coercitif ou prohibitif puisqu'avec le Code civil le consensualisme va de pair avec les exigences sociales. À cet égard, il est symptomatique de constater que le texte se rapprochant le plus de l'article 6 se retrouve sous la plume de Domat qui admet la liberté des contrats "pourvu que la convention n'ait rien de contraire aux lois et aux bonnes mœurs" (139). Beaucoup ont insisté sur la filiation entre les deux formules et même sur le caractère plus convaincant de la formulation du jurisconsulte (140). On a même parler fort à propos du "jansénisme juridique" du Code civil (141). Il apparaît cependant que si

(133) Il s'agit du Vicomte Frédéric Portalis, Conseiller à la Cour Royale de Paris et qui publia les discours, rapports et travaux sur le Code civil de J.-E.-M. Portalis.

(134) F. Portalis, "Essai sur l'utilité de la codification", Centre de philosophie politique et juridique de Caen, 1989, p. VII.

(135) L'article 1108 stipule : "Quatre conditions sont essentielles pour la validité d'une convention : le consentement de la partie qui s'oblige ; sa capacité de contracter ; un objet certain qui forme la matière de l'engagement ; une cause licite dans l'obligation".

(136) Cf. J. Bonnecase, "La notion juridique de bonnes mœurs", op. cit., pp. 94-96.

(137) Ibid, p. 95.

(138) Cf. M. Léon Julliot de La Morandière, "L'ordre public en droit privé interne", op. cit., pp. 381-401.

(139) Domat, "Lois civiles ...", Livre 7, Titre 1, Section 2, p. 1.

(140) Cf. A. Dumas, "Histoire des obligations", op. cit., p. 122.

(141) En effet à côté de l'influence rationaliste moderne, l'imprégnation des idées jansénistes joue un grand rôle dans l'élaboration du Code civil. C'est ainsi que la limite à toute liberté, à tout droit, le plus

Domat semble trouver essentiel de rappeler et d'affirmer le principe de la liberté contractuelle avant d'énoncer ce qu'il faut bien appeler une prohibition de principe, le Code civil considère le principe comme acquis en faisant ici implicitement du contrat une source de droit qui doit, pour finir, obéir à la loi lorsque celle-ci touche à l'ordre public et social. À cet égard l'article 1134 dans son alinéa premier offre une illustration éclatante lorsqu'il stipule : "les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites". Le principe de l'autonomie de la volonté y est inscrit mais en affirmant, au travers de l'expression "légalement formées", que cette volonté faite loi doit elle-même se plier à la loi concernant l'ordre public ou les bonnes mœurs (142). Ces notions qui apparaissent ainsi à égalité dans le Code civil et semblent intrinsèquement liées, deviennent un moyen de régulation de l'ordre juridique (143). Tel peut apparaître le dessein du Code civil corroboré par les rapports de Portalis dans ses discours et rapports sur le Code civil : "Noble objet (le Code civil) a été de lier les mœurs aux lois ..." comme si, pour inverser la proposition, les bonnes lois amenaient insensiblement aux bonnes mœurs (144). Jamais la monarchie n'avait pu aller aussi loin dans son entreprise "d'ordre" (145). Le régime Napoléonien, héritier des commencements romains et de l'expérience révolutionnaire, affirme donc que l'individu trouve toujours devant lui la contrainte politique et sociale (146). Pour les romains, mœurs et institutions étaient synonymes (147), pour la révolution le contrat social avait pour principal effet juridique la soumission de chaque citoyen à la loi : la dimension "publique" du droit privé était, dès les débuts du Code civil, inévitable ; ce qui donnait en même temps à ce droit privé, une force bien plus grande que l'ancien droit monarchique. Sans aller trop loin, on peut affirmer que le Code civil se présente comme le porteur des moyens réalistes d'obtenir ce qui dans la déclaration des devoirs de l'An III apparaissait comme des vœux pieux : un meilleur arrimage civique des individualités (148). Du coup, dans cette appréhension du Code civil comme effort

---

absolu soit-il se trouve principalement dans les bonnes mœurs. La notion revient fréquemment. Dès la première séance de discussion du projet de l'an VIII, Boulay, corrigeant ou interprétant le texte de Portalis, avait fait adopter la forme définitive de l'article 8 du projet : "il ne peut être dérogé par des actes particuliers aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs". Cf. Fenet, Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil, Paris, 1827, T. VI, p. 16. Portalis avait proposé une formule différente : "La contravention aux lois qui intéressent le public et les bonnes mœurs, y était-il dit, ne pourra être couverte par des conventions ni par des fins de non-recevoir". Il insistait davantage sur respect moral que sur l'ordre public. Cf. Fenet, *ibid.*, T. VI, p. 67. Le tribunal le sentit bien d'ailleurs qui proposa purement et simplement la suppression de cet article. *Ibid.*, T. VI, p. 55. Portalis lui-même, présentant à nouveau, quelques temps plus tard, la rédaction du titre préliminaire, déclara sur ce point : "Les bonnes mœurs peuvent suppléer les bonnes lois : elles sont le véritable ciment de l'édifice social. Tout ce qui les offense, offense la nature et les lois. Si on pouvait les blesser par des conventions, bientôt l'honnêteté publique ne serait plus qu'un vain nom, et toutes les idées d'honneur, de vertu, de justice, seraient remplacées par les lâches combinaisons de l'intérêt personnel, et par les calculs du vice". Cf. Fenet, *ibid.*, T. VII, p. 362. Aucun autre orateur n'avait jugé nécessaire de justifier la disposition.

(142) Autrement dit : "Le contact des volontés formant le contrat ne crée pas plus d'énergie juridique que le doigt actionnant le commutateur ne crée d'énergie électrique : dans les deux cas, l'énergie vient d'ailleurs, et suppose tout un appareil, un réseau sans commune mesure avec la pan relativement très faible d'initiative et de pouvoir qui revient à l'individu". X. Martin, "Nature humaine et Code Napoléon", in *Revue Droits*, 2, Paris, 1985, p. 120.

(143) Cf. J. Bonnacase, "La notion juridique de bonnes mœurs", *op. cit.*, pp. 91-100.

(144) J.-E.-M. Portalis, "Discours préliminaire sur le projet du Code civil", *op. cit.*, p. 61.

(145) Elle n'en avait ni les moyens matériels, ni les moyens juridiques, ni sans doute la volonté.

(146) Cf. Xavier Martin, "Politique et droit privé après Thermidor", in "La Révolution et l'ordre juridique privé : rationalité ou scandale ?", Actes du colloque d'Orléans, 11-13 septembre 1986, PUR, Paris, 1988, pp. 173-184.

(147) E. Cizek, "Mentalités et Institutions politiques romaines", *op. cit.*, pp. 124-133.

(148) X. Martin, "Politique et droit privé après Thermidor", *op. cit.*, p. 176. On a pu aller parler à propos du "Code civil d'un certain type de liberté", mettant en synthèse "les règles du jeu de la paix bourgeoise". Cf. A.J. Arnaud, "Essai d'analyse structurale du Code civil français", *op. cit.*, p. 45. En ce sens il est certain que la notion "d'ordre public" en 1804 vient à propos au secours d'une réalité politique. L'ordre public apparaît alors comme un "contrepois" indispensable à l'expression de la

de normalisation sociale, l'article 6 du Code civil apparaît comme un emblème et un carrefour. Emblématique, car on ne peut plus le dissocier de l'affirmation célèbre de Portalis : "les vertus privées peuvent seules garantir les vertus publiques" (149), carrefour, car les notions d'ordre public et de bonnes mœurs trouvent par là un éclairage, un lien et un destin que l'on peut maintenant rapidement développer.

L'une des caractéristiques essentielles des notions d'ordre public et de bonnes mœurs est leur imprécision. En effet, si le Code civil se sert de ces expressions, il ne les définit pas. D'où dans la lignée de la leçon traditionnelle de l'ancien droit, le rôle essentiel qui sera dévolu au juge (150), d'où l'idée que les bonnes mœurs et l'ordre public ne sont pas des notions essentiellement légales (151) ou plutôt qu'elles sont indépendantes des textes positifs de loi. L'article 6 du Code civil ne dit pas : il est interdit de déroger aux textes d'ordre public mais au texte qui "intéressent" l'ordre public et les bonnes mœurs, et l'article 1133 : qu'une convention peut être annulée quand elle est prohibée par la loi "ou" contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs. C'est ici que la notion prête à controverse mais trouve aussi son meilleur éclairage.

En effet, la notion d'ordre public tout d'abord, suppose le conflit entre la loi et la volonté individuelle considérée comme source de droit (152) et est ainsi la mesure de la supériorité de la loi. L'ordre public affirme donc le problème de la lutte, sur le terrain du droit privé, entre l'idée sociale et l'individualisme. Or, cette nécessité sociale ne peut se limiter aux domaines juridiques, politiques et bientôt économiques, sous-tendus par la notion d'ordre public. Là viennent s'ajouter les bonnes mœurs, c'est-à-dire un ensemble de règles morales détachées de leur caractère pénaliste, formaliste et restrictif (153), mais souples et soumises à évolution, puisqu'elles ne sont pas expressément intégrées à des lois mais imprègnent notre civilisation et font partie de l'ordre qu'elle inspire. On retrouve ici la philosophie du Code civil décrite plus haut et les bases sur lesquelles se développera notre jurisprudence. Malgré sa base individualiste, ou même à cause d'elle (154), le droit de notre Code civil est avant tout une science sociale : sa fin, son but, ne peut être l'exaltation de l'individu mais la paix sociale, c'est-à-dire l'équilibre entre les individus, l'ordre au sein de la société. Dans l'intérêt même de cet équilibre, le Droit reconnaît une valeur à la volonté individuelle, aux contrats par exemple. Il le fait, non pas pour s'incliner devant la toute puissance de cette volonté, mais parce que "l'expérience des peuples" montre que le respect de la parole donnée est un élément de la paix sociale. Il en résulte que la valeur de l'acte juridique reste subordonnée aux nécessités sociales. Celles-ci seront celles des "honnêtes gens" comme de l'État. On fera donc appel à la fois aux bonnes mœurs et à l'ordre public pour annuler les contrats ne jouant pas ou plus la règle du jeu de cet ordre. Si l'acte déclaré contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs sera logiquement nul, d'une nullité précisément

---

liberté totale individuelle dans le groupe tout en voulant sauvegarder une conception individualiste des rapports sociaux, *Ibid.*, p. 49.

(149) J.-E.-M. Portalis, "Discours préliminaire sur le projet du Code civil", *op. cit.*, p. 62. D'où le fait que le Code civil, au-delà des considérations éthiques, soit parfois empreint d'un matérialisme assez sommaire. Cf. X. Martin, "Nature humaine et Code Napoléon", *op. cit.*, pp. 117-128.

(150) Cf. M. Léon Julliot de La Morandière, "L'ordre public en droit privé interne", *op. cit.*, p. 385.

(151) J. Bonnet, "La notion juridique des bonnes mœurs", *op. cit.*, p. 100.

(152) Cf. G. Ripert, "La règle morale dans les obligations civiles", *op. cit.*, pp. 12-40.

(153) Cf. en ce sens, J. Carbonnier, "Droit civil : les obligations", PUF, Paris, 1956, 14<sup>e</sup> éd. 1990, pp. 150-151 et Malaurie, "L'ordre public et le contrat : Étude de droit civil comparé", thèse, Paris, 1951. Outre la règle de principe de l'article 6, l'ordre public reçoit des applications particulières dans les articles 686, 791, 1130, 1388, 1443, 1451 et les bonnes mœurs dans les articles 900, 1133, 1172, 1387.

(154) La reconnaissance de soi comme sujet de droit naturel passe par la reconnaissance de soi comme sujet civil donc comme objet de la loi.

d'ordre public et sans aucun effet (155), les variations du droit quant à l'appréciation du contrat par rapport aux normes de l'ordre public et des bonnes mœurs seront dans cette même logique très importantes tant en raison des évolutions historiques que des changements dans l'appréciation de l'ordre (156). Loin d'en appauvrir la perspective, elles ne feront que rendre le principe plus profond et plus efficace puisque constamment actualisé. Réfléchir aux conséquences de l'article 6 du Code civil s'impose donc pour en retrouver toute la portée et sans doute toute la permanence : dire son destin, c'est peut-être en retrouver les origines historiques.

## CONCLUSION

Ce qui frappe au terme de cette brève étude, c'est l'importance sans cesse renouvelée des notions de bonnes mœurs et d'ordre public évoquées par l'article 6 de notre Code civil. À l'occasion de ces notions se pose en fait tout le problème de la sociologie et de la stratégie du droit : qu'est-ce que la contrainte, pourquoi la contrainte, quelles formes prend et prendra-t-elle ? Notamment, après en avoir analysé les racines et le développement historique, on a vu à quel point l'article 6 était révélateur d'un "état d'esprit" du Code civil. Histoire, droit, idéologie : on touche sans doute ici au degré de civilisation d'une société.

Il reste que tout principe a besoin d'une expression concrète : d'où le lien étroit entre ordre public et bonnes mœurs. Les Romains nous ont appris la symbiose entre l'institution et les mœurs, le Moyen-âge a créé et développé un ordre moral mais a également préparé l'ordre monarchique créateur d'un véritable droit public prenant lui-même un jour nouveau avec la révolution, puis la codification napoléonienne. Il serait presque banal d'insister sur le rôle de plus en plus important confié à l'ordre public au XX<sup>e</sup> siècle (157) et de manière presque concomitante sur le reflux de la notion de bonnes mœurs ou du moins sa transformation progressive (158). Depuis Rome l'expression d'un ordre s'est faite alternativement à travers les bonnes mœurs ou (et) l'ordre public (159), au gré surtout de l'évolution des rapports entre l'individu et l'État. En fait, plus la liberté a été grande, plus les exigences sociales se sont en même temps renforcées. Un examen de la procédure civile qui dépasse largement le cadre de cette analyse, en serait le meilleur exemple, du moins pour l'après-codification (160).

Il reste donc l'idée d'un ordre, encadrant, guidant, mais aussi reflétant l'activité humaine. L'article 6 du Code civil apparaît alors comme le lieu où les principes que l'on considère comme naturels s'incarnent en droit positif. Qu'importe alors si comme on l'a vu, le contenu de la notion est soumis à fluctuation et à flottements, parfois à l'arbitraire, puisqu'elle permet de donner un sens et une justification à la contrainte, en un mot, au-delà de sa force coercitive, de "faire aimer" la loi (161).

(155) C'est par cette sanction civile de la nullité que la règle morale se fait consacrer et arrive à la vie juridique.

(156) Cf. Malaurie, "L'ordre public et le contrat : Étude de droit civil comparé", op. cit., pp. 18-25.

(157) Avec notamment la naissance et le développement, à côté de l'ordre politique classique, d'un ordre public économique de protection ou même de direction.

(158) D'où la variabilité de la notion et le fait que les lois nouvelles peuvent vider la notion de bonnes mœurs d'une partie et son contenu. Ainsi en est-il par exemple des assurances sur la vie qualifiées de "volum monis" par Portalis, avant de connaître un développement formidable aujourd'hui.

(159) Entendu lui aussi dans des sens très différents.

(160) Cf. M. Léon-Julliot De La Morandière, "L'ordre public en droit privé interne", op. cit. pp. 385-401.

(161) Compris en ce sens le Code civil peut apparaître comme un catéchisme, aboutissement de cent cinquante années "d'aspirations bourgeoises", favorisées par un courant juridique individualiste, mais contenu dans les limites austères imposées par le jansénisme des gens de loi. Cf. M. Villey, "Leçons d'histoire de la philosophie du droit", op. cit., p. 67.



# LES LIMITES AUX DROITS DU ROI D'APRÈS LES "SERMONS..." DU PÈRE J. BOUCHER (1er - 9 AOÛT 1593) (\*)

Par

Antoine LECA

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

L'image d'un prêtre catholique montant en chaire en 1593 et appelant ses paroissiens à "mettre la main à la serpe" pour aller couper la gorge d'une bonne partie de la population française (1) a de quoi frapper l'imagination. Mais cela n'aurait sans doute pas suffi à attirer sur Jean Boucher l'attention d'un historien, tant il est vrai que tout au long des guerres de religion, catholiques et protestants ont rivalisé de férocité, pratiqué les pires sévices, jusqu'à violer les sépultures de leurs adversaires (2), pour continuer à les combattre jusque dans la mort.

Mais il en va tout autrement, lorsque l'orateur, qui se dit par ailleurs "bon François" (3) et "bon patriote" (4), précise en chaire qu'il faut également égorger les honorables membres du Parlement de Paris, quand on sait qu'il a déjà appelé au meurtre d'un roi de France, Henri III (5), "beste sauvage" qu'il faut "poursuivre...

---

\* Communication prononcée le 29 octobre 1990 dans le cadre du Vème cycle de Conférences publiques, organisé par le Centre d'Études et de Recherches d'Histoire des Idées Politiques (C.E.R.H.I.P.) de la Faculté de Droit et de Science Politique d'Aix-en-Provence.

(1) Ce sermon remonte au début de l'année 1591, alors que l'armée d'Henri de Navarre assiégeait Chartres (Ch. Labitte, *"Les prédicateurs de la Ligue"*, Paris, H. Fournier et cie, 1841, p. 134). Il va sans dire que Boucher n'était pas le seul à appeler au massacre : à la même époque, Mgr Guillaume Rose disait qu'une nouvelle Saint-Barthélemy était nécessaire et le père Commolet que la mort des Politiques était la vie des Catholiques (ibid, p. 135).

(2) En effet, les prêtres ont maintes fois incité leurs ouailles à aller exhumer les cadavres des protestants et à les traîner dans les ruisseaux ou les brûler. À Saint-Etienne de Fursac, le curé prit même l'initiative de briser à coups de marteau les grosses pierres qu'on mettait sur les fosses ; puis, une fois les fosses ouvertes, ses paroissiens allèrent jusqu'à faire leurs ordures sur les corps (D. Crouzet, *"Les guerriers de Dieu"*, t. 1, Champvallon, Paris, 1990, p. 414).

(3) *"Sermons de la simulée conversion et nullité de la prétendue absolution de Henry de Bourbon"*, G. Chaudière, Paris, 1594, 625 p. in-8°, sermon IX, p. 591.

(4) *ibid*, VII, p. 461.

(5) Il faut toutefois préciser que les thèses tyrannicides de Boucher ont été rédigées après l'attentat de Jacques Clément pour le légitimer après coup. Dans le libelle qu'il fit publier peu avant le meurtre, Boucher n'envisageait pas la mise à mort du tyran et ne mentionnait aucun autre châtement que la déposition par l'Église (*"La vie et faits notables de Henry de Valois tout au long sans rien requérir où sont contenues les trahisons, perfidies, sacrilèges, exactions, cruautés et hontes de cet Hypocrite et Apostat ennemy de la Religion Catholique"*, 1589, 141 p. in-8°, p. 52). L'idée de tuer le tyran n'apparaît qu'avec la "Réponse à la Lettre missive à l'Évesque du Mans" publiée en septembre chez G. Chaudière (64 p. in-8°), et dont Boucher est sans doute l'auteur (E. Barnavi, *"Le parti de Dieu - Étude sociale et politique des chefs de la Ligue parisienne (1585-1594)"*, éd. Nauwelaerts, Bruxelles-Louvain, p. 341 ;

jusques à la mort" (6), que ce dernier, tel un "pourceau" (7), a été tué d'un coup de couteau (1er août 1589) et que le même prédicateur s'apprête à vouer à une fin semblable le roi régnant, Henri IV, qui périra lui-même sous le poignard d'un assassin (mai 1610), instruit par les sermons des religieux (8).

Par ailleurs et surtout, le tyrannicide chez Boucher n'est jamais que l'aspect le plus saillant d'une doctrine remarquable, qui mériterait de fixer enfin l'attention des historiens des idées politiques (9), en raison des limitations qu'elle apporte aux droits du Roi et de l'importance considérable qu'elle reconnaît aux droits du peuple. C'est le cas notamment dans les neuf sermons que Boucher prononça du 1er au 9 août 1593 (10). Ceux-ci furent publiés à Paris, chez Chaudière, en 1594 et dorment depuis dans la poussière de la Bibliothèque Nationale (11). Pourtant, ils constituent le meilleur livre de l'auteur (12) et, compte tenu de leur date tardive, le dernier mot et comme le

---

D. Crouzet, *op. cit.*, t. 2, p. 491). Mais elle est surtout développée dans son "*De iusta Henrici tertii abdicatione e francorum regno*", éditée chez N. Nivelles (288 ff in-8°), où la doctrine est exposée dans toute son ampleur. Il n'empêche que chez les ligueurs l'intention rigide est latente. Dès 1585 l'avocat Jean de Caumont écrit que le Roi qui menacerait la Foi s'exposerait à de graves dangers : selon lui, en effet, "où le crime de lèze-Majesté Divine ne sera puny, le crime de lèze-Majesté humaine viendra à n'estre plus crime" ("*De la vertu de la noblesse*", Paris, éd. Morel, 1585, fol. 28 v°). Le phénomène s'accentua avec l'assassinat des Guise, fin décembre 88. Dans plusieurs paroisses de Paris, des prêtres, retrouvant en pleine messe des gestes de sorciers de village, transpercèrent à coups d'aiguilles des figurines de cire à la ressemblance du roi (A. Lebigre, "*La révolution des curés (1588-1594)*", Albin Michel, 1980, p. 167). Il semblerait bien que dans l'oraison funèbre prononcée par le père François Pigenat, en l'Église Saint-Jean-en-Grève, le lundi 9 janvier, le premier, ait demandé à ses auditeurs "s'il ne se trouverait pas quelqu'un qui entreprit de venger le meurtre du duc de Guise en donnant la mort au tyran" (D. Crouzet, *op. cit.*, p. 478). En tout cas, en mai 89, à l'issue de la condamnation à mort (judiciaire) d'un des exécuteurs de l'assassinat d'Henri de Guise, il fut décidé que la tête du meurtrier serait portée à Montfaucon, "mise au lieu plus éminent, attendant qu'elle soit accompagnée de celle de Henry de Valois, auteur de si lasche trahison" (*ibid.*, p. 481).

(6) "*Réponse à l'Évesque du Mans*", Paris, G. Chaudière, 1589, pp. 45-46.

(7) La comparaison incombe au père Lincestre, pour qui l'exécution du roi par le moine Jacques Clément est un signe de Dieu, qui "a permis et voulu qu'il ayt esté tué de un couteau, qui est instrument de quoy l'on tue ordinairement les pourceaux..." (D. Crouzet, *op. cit.*, t. 2, p. 485).

(8) "...A dict que ce sont les sermons qu'il a ouys, auxquels il a appris les causes pour lesquelles il estoit nécessaire de tuer un roy" ("*Procès du très meschant et detestable parricide Fr. Ravalliac*", Paris, Aubry, MDCCCLVIII, p. 18).

(9) Les manuels existant dans cette discipline s'intéressent peu aux idées politiques de la Ligue en général et de Boucher en particulier. On ne trouve qu'une demi-page sur les monarchomaques catholiques chez J. Touchard ("*Histoire des idées politiques*", t. 1, PUF, Paris, 1978, p. 282). Deux chez J.-J. Chevallier, ("*Histoire de la pensée politique*", t. 1, pp. 262-263), cinq chez M. Prelot, de loin le plus complet ("*Histoire des Idées Politiques*", Dalloz, 1977, p. 258 à 262). Quelques lignes chez J. Rouvier (*op. cit.*, p. 271). Rien dans la "*Nouvelle Histoire des Idées Politiques*" (depuis le XVIème siècle), sous la direction de P. Ory (Hachette, 1987) et dans la dernière édition du "*Dictionnaire des Œuvres politiques*" (1989). Ce traitement se justifie par le fait que les monarchomaques catholiques ne renouveleraient pas les thèmes empruntés, parfois littéralement, aux monarchomaques protestants des années 70 et que, bien souvent, la violence des imprécations recouvrirait une argumentation faible ou inexistante (J. Touchard, *op. cit.*, p. 282).

(10) Tous les neuf sermons ne sont pas d'un égal intérêt. Du point de vue politique, l'essentiel du message de Boucher est contenu dans les sermons IV et IX : le IV s'efforce de prouver qu'Henri de Bourbon ayant été (et demeurant) excommunié, il n'a aucun droit sur la Couronne de France et le IX justifie la nécessité de procéder à "l'élection d'un Roy Tres-Christien".

Les autres se sont révélés d'une utilité moindre dans la rédaction de cet article. Le premier sermon traite principalement du mal que constitue l'hypocrisie et de la simulation en matière de religion. Le second soulève un premier moyen pour prouver la fausseté de la conversion de Henri de Navarre, qui tient aux clercs qui s'y sont prêtés. Le troisième sermon développe un second moyen, tenant à la personne de l'aîné des Bourbon. Le cinquième sermon veut démontrer que le Navarrais ne peut même pas être tenu pour absous. Le sixième et le septième, que son absolution aurait été nulle de toute manière en raison de "l'impuissance des ministres". Enfin, le huitième insiste sur les vices et les "défectuosités" des formes canoniques suivies.

(11) v. supra, note n° 3.

(12) M. Marabuto, "*Les théories politiques des monarchomaques français*", Thèse Droit, Paris, 1967, p. 33.

testament de la Ligue, approuvé par la Faculté de théologie de Paris (13), ainsi que le chant du cygne de l'école monarchomane française.

\* \*

Avant de s'y plonger, il ne semble pas inutile d'opérer un bref retour en arrière sur le personnage de Boucher lui-même et le contexte idéologique de son temps, dont quelques traits méritent d'être retenus.

\*

Tout d'abord, s'agissant de la personne de l'auteur, il faut se débarrasser d'un certain nombre de clichés : Boucher n'est pas un curé ignare, il n'a rien d'un "manant" ou même d'un déclassé. Il est né en 1551 (14) d'une famille aisée (15) appartenant à la noblesse de robe. Le futur Ligueur a reçu en théologie une instruction très poussée, qui atteste de ses incontestables qualités intellectuelles, et il a commencé très tôt une carrière qui s'annonçait brillante : il fut chargé, vers 1574-1575, d'un cours à l'université de Reims, puis élevé au rectorat. C'est lui qui harangua Henri III le jour de son sacre dans la cathédrale de Reims, le 13 février 1575. Mais son séjour champenois ne dura pas et, dès 1576, il revint à Paris pour y poursuivre tout à la fois ses études et sa carrière professorale (16). On le retrouve bientôt régent de philosophie au collège de Bourgogne, régent de théologie au collège des Grassins, prieur de Sorbonne et, en décembre 1580 (17), Recteur de l'Université de Paris. En 1583, il était nommé professeur de théologie à la Sorbonne et il prenait également possession de la cure de la paroisse de Saint-Benoît (18), située précisément au cœur du quartier des écoles.

En second lieu, Boucher est un clerc engagé dans les combats du siècle, contre l'hérésie bien-sûr, mais surtout contre la politique protestante de Henri III et le "modérantisme" des "maheustres (19), les catholiques modérés. Il prit ainsi une part très active à la "révolution" (20) de 1588 dirigé contre Henri III, suspect de vouloir s'entendre avec les "hérétiques", participa au gouvernement insurrectionnel de la Ligue (21), installé dans la capitale après la fuite du roi (mai 88) et siégea dans les

(13) Ch. Labitte, *"Les prédicateurs de la Ligue"*, op. cit., p. 193. Cette approbation constituait une caution considérable. C'est tellement vrai que lorsque le Parlement renouvela la règle posée par son arrêt de règlement du 16 septembre 1416, qui interdisait de publier, affirmer, enseigner que le tyrannicide était licite sans jugement de juge compétent, il demanda la soumission de l'Université et exigea qu'elle renouvelle le prétendu décret de la Faculté de théologie de Paris de 1413 interdisant le tyrannicide...qui était en fait un décret du concile de Constance de 1415, ce qui ne manque pas de sel, si l'on se souvient du gallicanisme traditionnel toujours affiché par la haute Cour (R. Mousnier, *"L'assassinat d'Henri IV"*, Gallimard, 1964, p. 70 et 238).

(14) M. Marabuto, op. cit., p. 27. P.-M. Ascoli donne la date de 1548 (*"Dialogue d'entre le Maheustre et le Manant"*, Droz, Genève, 1977, p. 215).

(15) E. Barnavi, *"Le parti de Dieu - Étude sociale et politique des chefs de la Ligue parisienne (1585-1594)"*, op. cit., p. 31.

(16) M. Marabuto, op. cit., p. 27.

(17) Ch. Labitte, *"De la démocratie chez les prédicateurs de la Ligue"*, Paris, Fournier, 1866, pp. 61-64.

(18) M. Marabuto, op. cit., p. 28.

(19) Ce terme, que certains ont fait venir de l'allemand "meister", litt. maître, patron (A. Lebigre, op. cit., p. 264, n. 24), ce qui sous-tendrait une connotation sociale déjà accusée dans le terme antagoniste de "manant", désigne les catholiques modérés, qui se recrutaient dans la bourgeoisie aisée. Du moins à Paris. Ailleurs on parle de "Frelus" ou "Mettiens", comme en Champagne, de Guilbedoins en Basse-Normandie et en Poitou, de "Bigarrez" en Provence (Pigenat, *"L'aveuglement et grande inconsidération des Politiques dits Maheustres..."*, Paris, 1592, in-8°, p. 69 ; Ch. Labitte, *"Les prédicateurs de la Ligue"*, op. cit., p. 157).

(20) Jean Bodin fut le premier à qualifier ainsi le soulèvement de la Ligue (A. Lebigre, op. cit., p. 13).

(21) Il fut en effet l'un des membres du Conseil des Quarante, dont la création fut annoncée aux parisiens le 25 décembre 1588. Cette instance comptait également quatre autres curés (Prévoit, Aubry, Pigenat, Pelletier), trois évêques (Rose, Brézé et Villars), un chanoine (Launay), en tout neuf hommes

rangs du Clergé aux États Généraux de janvier 93 (22), convoqués pour procéder à l'élection d'un roi catholique.

Cet engagement partisan lui a valu une fort mauvaise réputation dans l'historiographie de son époque.

Sa probité intellectuelle discutable n'y est pas obligatoirement étrangère. En effet, il prêchait sans hésiter à travestir la réalité. C'est ainsi qu'il dit un jour dans l'Église Saint-Barthélémy, que le roi voulait empêcher les prédicateurs de dire la vérité et qu'il avait même fait tuer le dénommé Burlat, théologal d'Orléans (23), alors que celui-ci était en parfaite santé "beuvant, mangeant et ergottant comme de coutume" (24). Cherchant comme à l'accoutumée un anagramme (25), en l'occurrence celui de Periure de Nogaret, favori d'Henri III, Boucher l'avait transformé en Pierre de Gaverston, du nom du "mignon" du roi Edouard II d'Angleterre (26). Mais il admettait qu'il se trouvait un S de trop : "Mais cette S, est proche du T, or le T est un simulacre de la potence, l'S qui y touche figure donc le cordeau (= la corde) que vous traînez après vous", dit-il à Nogaret (27). Voulant discréditer Henri III à une époque où la pression fiscale et les dépenses de Cour étaient fortement critiquées, il n'hésita pas à proclamer que le roi s'appêtait à créer des taxes sur les mariages, les baptêmes, les enterrements (28) et que, d'ici peu, nul ne serait plus assuré de pouvoir conserver ses biens (29). Quand Henri de Navarre fut blessé dans l'escarmouche d'Aumale, en 1591, Boucher, bien renseigné, assura que "sa chair, ou plutôt charogne, avoit été entamée mais point enfoncée pour les caractères qu'on avoit découvert qu'il avoit sur lui" (30), sur son corps, et qui attestaient qu'il avait conclu un pacte avec le démon.

On pourrait multiplier les anecdotes de ce type, mais là n'est pas l'essentiel car catholiques et protestants se livraient aussi une guerre qui incluait ce genre de méthodes. Hotman raconte par exemple que sa femme et sa fille ont été massacrées à la Saint-Barthélémy (31), ce qui est totalement faux. La mauvaise réputation de Boucher est essentiellement imputable à la radicalité et à la violence de ses écrits. Les plus fréquentes accusations portées contre lui gravitent autour de cet axe (32).

---

d'Église. Il faut y ajouter sept gentilhommes et surtout vingt-quatre bourgeois (A. Lebigre, *op. cit.*, p. 162).

(22) M. Marabuto, *op. cit.*, p. 33.

(23) Ch. Labitte, *Les prédicateurs de la Ligue*, *op. cit.*, p. 33 ; A. Lebigre, *op. cit.*, p. 121.

(24) P. de L'Estoile, *Journal du règne de Henri III*, éd. Champollion, p. 235 a. (rééd. R.-L. Lefèvre, Paris, 1948).

(25) "Henricus tertius de Vallesio = O Deus, vere ille antichristus. Alii Gallici, vt hi : de Valois = o le Judas ! Et iste alius omnium sermonibus tritus, qui turpitudinem et crudelitatem simul notat Henry de Valois = vilain Herodes. Vel Iulian Herodes. Item alius, turpitudinis simul et abdicationis omnen. Henri de Valois = dehors le vilain. Item alius, qui leges fractas exprobrat. Henry de Valois = Ha ruine de loys... (J. Boucher, *De iusta Henrici tertii abdicatione e francorum regno*, Paris, 1589, pp. 216-217).

(26) J. Boucher, *Histoire tragique et mémorable de Pierre de Gaverston, gentilhomme gascon, jadis le mignon d'Edouard II, roi d'Angleterre... Dédiée à Mgr le Duc d'Epéron*, 1588, 32 p. in-8°.

(27) Ch. Labitte, *Les prédicateurs de la Ligue*, *op. cit.*, p. 39.

(28) "Il voulut mettre impositions sur les mariages et batesmes, mesmes sur les corps morts qu'on a accoustumé enterrer en lieu saint" (*La vie et faits notables de Henry de Valois tout au long sans rien requérir où sont contenues les trahisons, perfidies, sacrileges, exactions, cruautés et hontes de cet Hypocrite et Apostat ennemy de la Religion Catholique*, *op. cit.*, p. 91).

(29) "Je ne pourray dire d'icy à un an que ceste paire de gands soit à moy" (*Réponse à la Lettre missive à l'Évesque du Mans*, *op. cit.*, p. 9).

(30) Ch. Labitte, *op. cit.*, p. 147.

(31) M. Prelot, G. Lescuyer, *Histoire des idées politiques*, Dalloz, 1977, p. 250.

(32) "Flambeau de la guerre civile" (*Satyre Menippée*, éd. Ratisbonne, 1726, t. 1, p. 205), "séditieux emporté jusqu'à la démence" (Voltaire, *Histoire du Parlement de Paris*, chap. XXXIV), "trompette de sédition" (Bayle, *Dictionnaire*), "factieux jusqu'à la fureur" (H. Davila, *Histoire des guerres civiles*, Amsterdam, 1757, t. II, p. 110), "vray (...) trompette (...) de Sathan" (J. Peleus, *Histoire des faits et vie d'Henry le Grand, roy de France et de Navarre*, t. IV, 1616, p. 68), "trompette (...) de rebellion" (J. de Serres, *Inventaire Général de l'histoire de France*, Paris, 1618, t. I, p. 750), "polémiste fanatique" (H. Lureau, *Les doctrines démocratiques chez les écrivains protestants français*, Thèse Droit, Bordeaux, 1900, p. 21)...

C'est que l'homme avait un tempérament entier, rigide et dur, que les circonstances du temps transformèrent en un extrémisme violent. Qu'il ait été obstiné et sincère dans ses convictions ne fait aucun doute. Après l'entrée victorieuse d'Henri IV dans Paris (mars 94), à la différence de bien d'autres, comme Guincestre (33), il préféra s'exiler aux Pays-Bas espagnols que renier ses positions. Nommé chanoine, puis archidiacre de Tournai (34), il continua à écrire, désormais sous un pseudonyme, et appela à nouveau à la mise à mort du premier des Bourbon (35), dont il se refusa toujours à reconnaître la légitimité et auquel il survécut, ainsi qu'à son fils Louis XIII, puisqu'il mourut nonogénaire en 1646. La fermeté dont il fit toujours preuve transparait d'ailleurs jusque dans ses traits, tels qu'ils nous ont été conservés par le panneau peint qui orne la chapelle de la cathédrale de Tournai et qui représente "Le Ligueur en majesté".

\*

Bien qu'il soit favorable à la monarchie (36) et se dise très soucieux de "la dignité royale" (37), Boucher puise dans un arsenal théorique qui ne concourt qu'à amoindrir l'institution royale. À ce titre, il prolonge le courant des monarchomaques, apparu dans les rangs des Réformés dans les années 1570 (38) et passé du côté de la Ligue catholique à compter de la mort du duc d'Anjou (1584), qui fit du prince huguenot Henri de Navarre, le successeur virtuel du roi régnant. Mais on ne peut pas s'en tenir là, car l'auteur dépasse largement le cadre dans lequel on l'intègre habituellement, par souci pédagogique.

En premier lieu, Boucher s'inspire de thèmes inédits chez les monarchomaques protestants, notamment des théories sacerdotalistes médiévales, qu'il reprend sous une forme atténuée. Tel est le sens de sa thèse sur la "juridiction indirecte" que le Pape exerce sur les pouvoirs temporels pour des motifs d'ordre spirituel (39).

En second lieu, l'audace de sa pensée laisse loin derrière tous ses prédécesseurs. Il va en effet très loin dans l'affirmation de ce qu'il appelle la "juridiction directe" du peuple en ses États et la désacralisation du roi.

Enfin, les méthodes qu'il justifie ne se situent pas en retrait, puisqu'aucun auteur antérieur n'a été aussi favorable au tyrannicide, expression à ses yeux d'une véritable juridiction providentielle, par laquelle une créature humaine accepte de se faire le bras du Tout-Puissant pour mettre à mort le prince indigne.

Ce sont ces trois points successifs qu'on peut maintenant aborder.

(33) Ch. Labitte, *op. cit.*, p. 181.

(34) *ibid.*, p. 253.

(35) François de Verone (pseudonyme dissimulant le nom de Boucher) *"Apologie pour Jean Châtel"*, 1595, in-8°. L'ouvrage fut réimprimé en 1610 sans nom d'auteur et diffusé dans une version latine intitulée *"Jesuita sicarius"*, Lugdunum, 1611 (Ch. Labitte, *"Les prédicateurs de la Ligue"*, *op. cit.*, p. 251, n. 1). On a également attribué à Boucher quatre pamphlets assez insignifiants publiés en 1612 et 1614 (*ibid.*, p. 257). Mais cette attribution n'est pas certaine.

(36) J. Boucher, *"Sermons de la simulée conversion"*, *op. cit.*, III, pp. 249-250.

(37) Il utilise immédiatement cette affirmation pour ajouter une objection de plus aux droits d'Henri de Navarre : "Quelle façon de l'honorer (la dignité royale) que de lui bailler un subiet réprouvé de Dieu et de l'Eglise ? De la souiller et gaster par la contagion d'un heretique relaps ?" (*"Sermons de la simulée conversion..."*, *op. cit.*, III, p. 254).

(38) Du moins en France. Outre-Manche en effet, un courant monarchomaque existait dès le règne de Marie Tudor (1553-1558).

(39) J. Boucher, *"Sermons de la simulée conversion"*, *op. cit.*, III, p. 263.

# 1 - LES LIMITES TENANT À LA JURIDICTION TEMPORELLE "AD FINEM SPIRITUALEM" : LES DROITS DU PAPE DE CONTRÔLER ET DE DÉPOSER LE PRINCE INDIGNE

Boucher ne conteste pas le principe du "Reddite..." (40). En effet, il ne nie pas qu'en ce qui concerne leur substance, le temporel et le spirituel soient "choses séparées" (41) et que, pour ce qui a trait à leur exercice, ces deux puissances seront "d'autant plus fortes et valides" qu'elles se tiendront chacune "en leurs termes, sans entreprendre l'une sur l'autre" (42). Ce raisonnement aboutit donc à exclure la juridiction directe du Saint Père sur le temporel (43). En d'autres termes, il réaffirme la position originelle de l'Église, théorisée par saint Paul, et récuse les thèses sacerdotales médiévales, pour lesquelles la séparation s'appliquait seulement à l'exercice des deux pouvoirs, mais pas à leur substance, justifiant par là même une juridiction pontificale "directe" sur les chefs séculiers (44).

Mais Boucher n'en estime pas moins que les deux sphères restent "connexes" (45) et "qu'au moins indirectement, la puissance de l'Église et du Saint Père s'étend sur le temporel" (46) ou plutôt sur des matières temporelles ayant une incidence spirituelle. En effet, la séparation de principe n'exclut pas la "subordination" (47), "l'obéissance et le commandement de l'un (des deux pouvoirs) sur l'autre" (48), dès lors qu'il s'agit de la Foi, de la "salvation des âmes" (49). "Sous la puissance de paître les brebis, poursuit-il, nécessairement est comprise la puissance d'en chasser les loups" (50). "Il s'ensuit que sous ces mots, 'Pasce oves meas', est comprise la juridiction, sur tout ce qui empêche le bien et la fin de l'Église" (51). Le contraire serait aberrant et, à la limite, ce serait chose plus "vicieuse" de vouloir nier la juridiction indirecte des papes que d'affirmer, comme les théocrates du Moyen-Age, leur autorité directe sur le temporel (52).

(40) "Rendez les choses de César à César et les choses de Dieu à Dieu" (Luc, 20, 25).

(41) "Sermons de la simulée conversion...", III, *op. cit.*, p. 204.

(42) *ibid.*, III, p. 263.

(43) *ibid.*, III, p. 205. Alors que le "De Iusta... abdicatione" de 1589 traitait sans précision de l'intervention temporelle du pape et reconnaissait à celui-ci le droit de déposer le roi et de disposer de la couronne (J. Boucher, "De iusta Henrici tertii abdicatione e francorum regno", Paris, 1589, lib. 2, cap. 36-37), les "Sermons" de 1594 reprennent la thèse plus modérée de la juridiction pontificale indirecte (*infra*, note 44). Pour Boucher, dans l'état définitif de sa pensée, la "juridiction directe" sur le roi est le monopole exclusif des États ("Sermons de la simulée conversion...", III, p. 263).

(44) Depuis Grégoire VII à la fin du XI<sup>ème</sup> siècle, tous les papes ont été unanimes à affirmer que, dans son essence, le pouvoir temporel, aussi bien que le pouvoir spirituel, appartenait au Souverain Pontife et que la séparation prescrite entre les deux pouvoirs s'appliquait seulement à leur exercice et non à leur substance (O. Von Gierke, "Les théories politiques du Moyen-Age", Sirey, 1914, p. 106, n. 13). Innocent III n'y fit nullement exception (*ibid.*, n. 13 et p. 115). Il faut donc analyser comme un recul la thèse de la "potestas indirecta in temporalia", que défend Boucher, et qui sera bientôt développée par le cardinal jésuite R. Bellarmin (1542-1621), dans sa "Tertia controversia Generalis. De summo pontifice" ("Opera Omnia", t. 1, Cologne 1617, lib. V, col. 888). Ce dernier excluait toute ingérence directe du Pape dans les affaires profanes, sauf en qualité d'autorité de substitution, autrement dit à défaut de représentants du peuple (M. Marabuto, *op. cit.*, t. 1, p. 34).

(45) "Sermons de la simulée conversion...", *op. cit.*, p. 205. Les questions connexes sont toutes celles dont "la matière est temporelle" et "la fin est spirituelle" (*ibid.*, p. 207).

(46) *ibid.*, p. 205.

(47) *ibid.*, p. 205.

(48) *ibid.*, p. 206. Parlant de subordination, Boucher va jusqu'à écrire que "les prestres sont les Dieux, par dessus les Rois de la terre" (*ibid.*, VII, p. 470).

(49) *ibid.*, p. 206. Boucher retrouve des images très expressives de la subordination du pouvoir temporel au pouvoir spirituel : "L'un éclairé et l'autre marche à la lumière" (*ibid.*, III, p. 265), ce qui évoque la métaphore bonificienne du soleil et de la lune, "l'un guide et l'autre suit. Le Prestre ordonne et le juge exécute : comme il est dit par l'Écriture que qui n'obéira pas au Prestre, il mourra par décret du Juge" (*ibid.*, p. 265).

(50) *ibid.*, p. 207.

(51) *ibid.*, p. 207. Il se réfère d'ailleurs à saint Bernard de Clairvaux (*ibid.*, p. 244).

(52) *ibid.*, p. 208.

Ainsi, si la distinction des deux puissances exclut bien la juridiction directe du Pape sur le pouvoir temporel, elle n'empêche nullement sa juridiction indirecte.

Quant à son titulaire, celle-ci relève de "l'Église et du Saint Père", mais, concrètement, elle n'est mise en œuvre que par le Souverain Pontife. En effet, Boucher est ultramontain, il tient le gallicanisme pour le frère damné du protestantisme (53) et n'est pas du tout disposé à abandonner ce droit de juridiction à une Église de France, qui trop souvent depuis Philippe le Bel, a démontré sa servilité à l'égard du trône. En revanche, cette méfiance disparaît lorsque l'auteur évoque la Ligue, qu'il présente en France comme le "bras" armé de l'Église (54), légitimement fondée à s'opposer au Roi, au nom de la Foi (55). Il est vrai que dans son conflit avec Henri III, à compter de l'assassinat du cardinal de Guise (décembre 1588) et plus encore avec Henri de Navarre, la "Sainte Union" pouvait se prévaloir de l'appui total du Siège apostolique. C'est ce seul soutien, en théorie du moins, qui légitime l'action des Ligueurs. En effet, pour Boucher, le peuple, même unanime, ne peut pas se soulever contre son Roi, pour des motifs religieux, sans l'autorisation préalable de l'Église (56).

S'agissant du domaine de cette juridiction "indirecte", dévolue au Pape, Boucher cite la question de l'hérésie éventuelle du prince, mais aussi ce qu'il appelle "la capacité ou incapacité de la Couronne" (57), c'est-à-dire les règles profanes de transmission de celle-ci. En effet, en tant qu'hommes (58) et en qualité de Chrétiens (59), les Rois sont soumis à l'Église et doivent se reconnaître les "vassaux liges et naturels suiets" de son chef, vicaire de Dieu sur la terre, le Saint Père de Rome (60). Il en résulte que l'Église au nom de Jésus Christ, peut de sa pleine autorité, voire est tenue par le commandement, qui lui en est fait, d'en chasser et destituer l'herétique..." (61). Sans même parler de deux applications au début du XVI<sup>ème</sup> siècle (62), c'est sur la base des mêmes prémices, réserve faite de l'argument féodal,

(53) Il fustige ainsi les mauvais ecclésiastiques qui "frayent avec l'heresie, pour ruer sur le lieu commun, dont elle attaque les Papes" avec "les particulières constitutions et libertez, selon lesquelles (disent-ils) pour divers respects, chaque Église a diverses sortes de gouvernement et de ceremonies. Et par ainsi voilà comme peu à peu se sape la Monarchie de l'Église. Et comme le Schisme se renforce" ("*Sermons de la simulée conversion...*", VII, *op. cit.*, p. 460).

(54) "Il ne sert à rien de dire, ce n'est à l'Église, mais à la Ligue que nous en voulons. Qui seroit de mesme que de dire, ce n'est à la personne que j'en veux, mais seulement au cœur et aux bras. Car qu'est-ce autre chose la Ligue, que le cœur et les bras de l'Église? Le cœur abhorre le poison, et la Ligue l'heresie. Le cœur influe les esprits par tout, et la Ligue donne courage à l'Église. Au péril le sang se retire auprès du cœur, et les bons Chrestiens à la Ligue... Les bras aussi défendent le corps, et la Ligue défend l'Église... Ce que la Ligue pense, dict, fait, respire, n'est autre chose que l'Église" (*ibid.*, II, pp. 88-89).

(55) "N'importe que le Roi ne la trouve bonne. Car la Ligue n'est subiette de plaire aux Roys, au preiudice de l'Église" (*ibid.*, II, *op. cit.*, p. 92).

(56) Le peuple ne peut refuser le roi hérétique qu'après que celle-ci a fait connaître son jugement, aucun appel n'est possible (*ibid.*, IV, p. 243).

(57) *ibid.*, p. 209.

(58) "...non plus que tous les Roys du monde, quelques grands qu'ils puissent estre. Car ils sont tous d'Adam et d'Ève, subiets mourir une fois" (*ibid.*, IV, *op. cit.*, p. 273).

"La loy est faite...pour toutes meschans, quelques Rois qu'ils puissent car Dieu n'est accepteur de personnes" (*ibid.*, p. 275).

(59) "pour estre le Roy, membre d'un mesme corps que tout le reste des Chrestiens, il n'a en cela rien plus qu'un autre" (*ibid.*, pp. 273-274).

"Il impliquerait contradiction d'estre Pape et chef universel de l'Église et de tous les baptisez, qu'il y en eust un seul (le Roi), sur qui il ne peut exercer son autorité, et pour l'égard duquel, il eust les mains liées, pour n'y rien toucher. Aussi qu'il s'ensuivroit, que le pape de sa toute puissance, pourroit souffrir un heretique, comme heretique, au corps de l'Église, sans l'en pouvoir retrancher, advenant qu'un Roi fust heretique. Ce qui est horrible, à ouïr et à dire" (*ibid.*, pp. 274-275).

(60) *ibid.*, p. 278. Sur l'assimilation de la prééminence pontificale à une suzeraineté féodale cf. Gierke, *op. cit.*, p. 114.

(61) "*Sermons*", *op. cit.*, p. 308.

(62) À cette époque un différend sérieux éclata entre Louis XII et le pape Jules II qui l'excommunia et le menaça même de transférer sa couronne au roi d'Angleterre. Il excommunia aussi Jean d'Albret et

que la bulle pontificale de Sixte Quint du 9 septembre 1585 avait jugé Henri de Bourbon "herétique, relaps... coupable de leze Maiesté divine, ennemi de la foy Chrestienne" et l'avait privé de tous droits à la succession de quelque royaume que ce soit. Elle relevait ses sujets de toute obligation de fidélité et leur défendait même de lui obéir, sous peine d'excommunication (63). Le 7 mai 1590 la Faculté de Théologie de Paris fulmina un décret identique (64).

Aussi étendue soit-elle la soumission du roi de France à la "juridiction indirecte" du Pape ne concerne pas les affaires temporelles, privées de portée spirituelle. Mais, même en ce domaine, le prince n'est pas souverain : dans ces matières, il se trouve soumis en effet à la "juridiction directe" du pape (65).

## 2 - LES LIMITES TENANT À LA JURIDICTION PROPREMENT TEMPORELLE : LES DROITS DU PEUPLE DE DÉTERMINER LA CONSTITUTION DE L'ÉTAT ET D'EN ÉLIRE LE CHEF

À la base des limites strictement temporelles affectant la puissance royale, réside l'idée que le peuple précède le roi (66), qui tire de lui sa substance (67) et "l'origine et la source" de sa "souveraineté" (68). En effet, d'après Boucher, comme avant lui selon saint Augustin (69) et saint Thomas d'Aquin (70), l'établissement de la forme concrète du pouvoir est un fait immanent, qui dépend des hommes. Ce sont eux qui ont librement opté pour le régime monarchique qui leur a paru, à juste titre, "le plus utile" (71). C'est ici la doctrine traditionnelle de l'Église catholique. Sensiblement à la même époque, on en retrouve également l'expression chez les jésuites Mariana (72) et Suarez (73), ainsi que chez le cardinal saint Robert Bellarmine (74). Il

---

transféra effectivement son royaume de Navarre au roi d'Espagne. La mort de Jules II (février 1513) bientôt suivie de celle de Louis XII (31 décembre 1514) mit fin à la querelle.

(63) "Sermons", IV, pp. 234-235. Grégoire XIV, son successeur, renouella la déchéance du Béarnais, incapable d'accéder au trône de France, comme hérétique relaps, et releva ses sujets de leur devoir de fidélité. Ce n'est qu'après son abjuration, au cours d'une séance solennelle, que, le 17 septembre 1595, le pape Clément VIII prononça l'absolution de Henri IV.

(64) "Les Français sont tenus et obligés en conscience d'empêcher de tout leur pouvoir Henri de Bourbon de parvenir au gouvernement du royaume très chrestien, au cas même où il rentrerait dans le sein de l'Église, parce qu'alors il y aurait danger de feintise et de perfidie (R. Mousmier, *op. cit.*, p. 96). Ce n'est que le 16 janvier 1595 que la Faculté de Théologie se rétracta et reconnut que le peuple n'avait pas le droit de déposer les rois et, le 19 juillet, elle condamna les thèses d'après lesquelles le Saint-Siège "spiritualem et temporalem in omnes habet potestatem... omnes omnis generis homines parere et obedire debent" (R. Doucet, *Les institutions de la France au XVIème siècle*, t. 1, Paris, Picard, 1948, p. 97, n. 1).

(65) J. Boucher, "De Iusta...abdicatione", I, 5 et I, 9 ; "Sermons de la simulée conversion... de Henry de Bourbon", *op. cit.*, p. 205.

(66) C'est le sens de la formule : "Populus Regem praecedat" ("De Iusta... abdicatione", *ibid.*, I, 18, f° 20 v°).

(67) "Estant en tout véritable que c'est des peuples que sont les Roys, non les Roys des peuples. Veut que le peuple est la base, sur laquelle le Roy pose. Et sans laquelle il n'a ny bras, ny pied, ny jambe et tomberoit comme un colosse, dont le fondement est soudé" ("Sermons", IV, *op. cit.*, p. 250).

(68) "La puissance de lier et de délier demeure aux peuples et Estats qui sont éternellement gardes de souveraineté, juges des sceptres et royaumes, pour en estre l'origine et la source".

(69) "...comme ceux qui ont fait les roys, non par nécessité ou contrainte, mais par leur franche volonté, estant en eux de choisir de plusieurs sortes de gouvernement celui qui leur est le plus utile. Et ...tel est surtout et le plus ordinairement celui de monarchie (comme aussi nous l'advouons pour ce que la vérité est telle)" (*ibid.*, p. 250).

(70) J.-J. Chevallier, "Cours d'histoire des idées politiques : Recherches sur la naissance et le développement de l'idée démocratique", Les Cours de Droit, Paris, 1960, p. 119.

(71) *ibid.*, p. 119.

(72) Le "De Rege" (1599) de J. Mariana (1537-1624) dispose que "le pouvoir monarchique en tant qu'il est légitime tire son origine des citoyens". En ce qui concerne les limites du pouvoir royal, celui-ci est assujéti à des sortes de lois fondamentales posées par la volonté du peuple entier, dont l'autorité impérative et prohibitive l'emporte en pouvoir sur celles du prince. Telles sont la loi de succession au trône, la loi fiscale et le statut religieux (*ibid.*, p. 152). "À bien des points de vue la république (définie comme l'ensemble des magistrats et les représentants élus de tous les ordres), pourvu que son avis soit unanime, l'emporte sur le prince : au point de vue de l'impôt, de la constitution et surtout de l'abus de

ne faut donc pas s'étonner qu'aux États Généraux de 1614, les représentants du Clergé aient refusés de voir reconnaître la théorie du droit divin comme loi fondamentale du Royaume de France. Toutefois, ce serait une erreur de ne pas voir l'originalité de Boucher, dont la doctrine est proprement révolutionnaire, dans la mesure où il ajoute que le peuple, qui a choisi la monarchie, pourrait parfaitement revenir sur ce choix, s'il y trouvait un jour une plus grande utilité (75). La différence avec Suarez, qui exclue cette possibilité (76), éclaire la radicalité des thèses de Boucher.

En outre, selon lui, conformément toujours à la doctrine traditionnelle de l'Église, depuis saint Augustin et saint Thomas d'Aquin (77), non seulement ce n'est pas Dieu, mais les hommes, qui se donnent des gouvernements, mais encore ce n'est pas Lui, mais eux, qui en désignent les chefs. Malgré quelques formules maladroites (78), ici encore, Boucher écarte avec beaucoup de vigueur la théorie du droit divin (79) et il dénonce l'erreur de ceux qui croient que le pouvoir vient immédiatement de Dieu et que son titulaire n'est responsable que devant Lui (80). Aucun homme ne peut prétendre "estre Roy de droict Divin" (81), écrit-il. Dans cette voie, il en vient même à désacraliser entièrement la personne du prince, qui n'est plus qu'"un individu royal", comme le dira plus tard Robespierre : le Roi, si l'on interprète bien le

pouvoir" (*ibid.*, p. 151). Plus pratiquement encore la surveillance des empiètements royaux revient, non au pape, mais aux évêques, lesquels ne "sont pas seulement les chefs des Églises mais les membres essentiels, les Princes de la République" (*ibid.*, p. 151 ; J. Touchard, *op. cit.*, p. 283), qui jouent le rôle assignés aux épîtres chez les monarchomaques protestants. En effet, ayant fait vœu de pauvreté et de chasteté, ils n'ont aucun bien terrestre, ni hérédité, ce qui supprime les plus grandes causes de corruption ici-bas (J.-J. Chevallier, *op. cit.*, p. 152).

(73) Le "Tractatus de potestate summi pontificis in temporalibus" (1610) du cardinal jésuite Robert Bellarmin (1542-1621) enseigne que le pouvoir a été donné au peuple et qu'à l'intérieur de la communauté politique, les hommes sont égaux (J.-J. Chevallier, *op. cit.*, p. 151). Il affirmait également que le pape pouvait délier les sujets de leur serment de fidélité et déposer les rois "ad finem spirituale", notamment lorsque le tyran mettait en danger la chrétienté.

(74) Le jésuite Francisco Suarez (1548-1617) publia en 1612 son "Traité des lois" et, en 1613, son "Defensio catholicae fidei contra Anglicanae sectae errores". Selon lui, la puissance publique est "suprema in suo ordine" : elle est souveraine au temporel. Son fondement réside dans le consentement de la communauté politique, qui a le libre choix de la forme de l'État, du moins sous réserve d'un vide institutionnel très hypothétique (J. Touchard, *op. cit.*, p. 300). Il en résulte plus concrètement que la violation par le prince du pacte mutuel existant entre le peuple et lui justifie la résistance et même le droit de déposition. Toutefois l'une et l'autre sont soumis à des conditions strictes : la résistance doit être généralisée et elle ne peut jamais être le fait isolé des particuliers, elle doit enfin être déclenchée par les organes officiels de la nation sur l'avis conforme rendu public des cités et des grands (M. Prélot, *op. cit.*, p. 265). Par ailleurs, s'il y a hérésie, c'est à l'Église d'intervenir pour déposer éventuellement le Roi.

(75) Le choix déjà opéré en faveur de la royauté "ne laisse pourtant ceste liberté de demeurer es peuples pour choisir de leur plein gré ceste forme de gouvernement, meisme pour destituer et changer les roys selon que le cas y eschet" (J. Boucher, "Sermons", *op. cit.*, p. 250).

(76) J. Touchard, *op. cit.*, p. 300.

(77) cf. supra note 70.

(78) Tel est le cas lorsqu'il écrit que l'autorité des États est "guidée par le Saint-Esprit" ("Sermons de la simulée conversion...", IV, *op. cit.*, p. 263) ou lorsqu'il dit attendre "ce seul remède...un Roy bien tost sacré, Roy ...qui soit de la main de Dieu, qui seul donne les Royaumes" (*ibid.*, IX, p. 620).

(79) "Les roys ... sont par le droict des gens et non de droict divin et de nature" ("Sermons de la simulée conversion...", *op. cit.*, p. 263, 249).

En revanche, il écrit que "l'autorité et puissance du Pape (est) de droict divin irrevocable et indispensable" (*ibid.*, IV, p. 274). En effet, il ne faut pas confondre les deux et oublier "que le Sacerdoce vient de Dieu et la Royauté des gens" (*ibid.*, VII, p. 469).

(80) "Certains discoureurs... nous veulent mettre les Roys par dessus l'Église, et par dessus les Estats, comme venant immédiatement de Dieu, voir comme estans Dieux en terre, par dessus toute loy" ("Sermons de la simulée conversion...", IV, *op. cit.*, p. 253). Il rejette ces "vieilles fripperies de Guillaume d'Occam et autres... ressources de bourbier, redites et inepties" (*ibid.*, p. 252). L'accusation est paradoxale car le franciscain anglais n'a jamais écrit que Dieu choisissait la personne des rois. Comme saint Thomas, il ne lui imputait que le principe de l'autorité, mais pas la désignation concrète de ses titulaires. De surcroît, il dépassait l'Aquinat dans la mesure où il a affirmé avec netteté le droit du peuple à déterminer sa propre forme de gouvernement ("Dialogus", III, II, III, 6) et manifesté ses préférences pour une dévolution élective, ainsi que pour le droit du peuple de déposer les chefs indignes ("Octo Quaestiones", II, 8).

(81) *ibid.*, p. 255.

silence des Sermons, n'est même plus sacré, ni entouré de mystère car, comme le dit Boucher, "il n'y a rien de moins en l'âme du moindre de tout ce peuple qu'en celle du plus grand monarque" (82). "C'est trop grossièrement prendre les escritures que pour attribuer les choses à Dieu, en exclure les causes secondes, sans lesquelles elles ne sont et ne peuvent estre" (83), poursuit-il. Selon lui, la détermination du titulaire du pouvoir s'opère donc incontestablement ici-bas. Elle incombe au peuple (84). C'est d'ailleurs, poursuit-il, ce que rappellent les anciennes annales du royaume (85) et la formule du sacre : "Peuple, veux-tu avoir un tel pour roi ?" et il est arrivé, ajoute Boucher, qu'il puisse se passer de monarque (86).

Cette origine populaire de la monarchie explique le parti-pris de l'auteur pour une royauté élective (87), qu'il fonde sur le "droict de nature". Certes, il ne conteste pas que les rois de France se succèdent présentement par le "droict du sang" (88), mais il ne paraît pas loin de penser qu'il ne s'agit que d'une commodité pratique. Et, pour dissiper toute ambiguïté, il prend soin de préciser qu'aucune prescription coutumière ne peut abolir l'élection au profit de l'hérédité (89). Aussi bien dépasse-t-il largement les thèses thomistes. En effet, si pour Boucher les droits du peuple sont inaliénables et imprescriptibles, pour saint Thomas d'Aquin, il n'était pas obligatoire que l'élection des chefs lui revienne, ce n'était qu'une solution idéale, subordonnée à certaines conditions de moralité et de civisme (90), ainsi que l'ont souligné de fins commentateurs (91).

De même, la conception populaire et contractuelle que Boucher se fait de la royauté est incompatible avec la théorie statutaire de la couronne, forgée au début du XV<sup>ème</sup> siècle par Jean de Terrevermeille et devenue la doctrine officielle de la Cour de France depuis le règne de Charles VII. Le roi et le peuple sont liés, non point par un ordre juridique placé au-dessus d'eux, mais par un "contrat mutuel" (92), qui doit être respecté, ce qui implique la subordination du roi aux lois (93). Par ailleurs et surtout, ce contrat peut toujours être rompu pour inexécution fautive, soit à l'initiative des gouvernés, soit à l'instigation du monarque. En effet pour Boucher, à rebours de toute la tradition du droit royal français, le peuple peut révoquer les rois et les rois peuvent abdiquer (94).

C'est ainsi que dans les articles proposés aux États de Blois de 1588 "pour faire passer en loy fondamentale du Royaume" (95), la Ligue demanda que l'on

(82) *ibid.*, III, p. 129.

(83) *ibid.*, p. 255.

(84) J. Boucher, "*De iusta Henrici tertii abdicatione e francorum regno*", lib. 1, cap. 10 : Reges a populis esse constitutos, p. 12.

(85) Boucher rappelle qu'en 987, Charles de Lorraine était le "légitime successeur", mais que les États lui ont préféré Hugues Capet. De même, ce sont eux qui ont élu Philippe de Valois en 1328 et opéré "la rescision du contract de Charles V" ("*Sermons*", III, *op. cit.*, p. 251).

(86) J. Boucher, "*De iusta Henrici tertii abdicatione e francorum regno*", lib. 1, cap. 11 : Populus sine rege, non autem Rex sine populo seu Rep. esse potest, p. 13.

(87) *ibid.*, p. 19.

(88) "*Sermons de la simulée conversion...*", IV, pp. 309-310.

(89) "Si la succession a été admise, pour l'expérience qu'il y a que les inconvénients en sont moindres que de l'élection, si ne fût-ce jamais pourtant pour préjudicier au droict de nature sur lequel est l'élection, ny pour y renoncer ou se lier les mains, au cas que pour le vice et indignité des successeurs la succession fut nuisible et l'élection nécessaire..." (François de Verone (pseudonyme dissimulant le nom de Boucher), "*Apologie pour Jean Châtel*", 1595, in-8°).

(90) "*Summa Theologica*", q. 105.

(91) J.-J. Chevallier, *op. cit.*, pp. 124-126.

(92) "*Apologie pour Jean Châtel*", *op. cit.*, chap. IX, §. 1 (cf dans le même sens : "*De iusta Henrici tertii abdicatione e francorum regno*", *op. cit.*, p. 23).

(93) *ibid.*, p. 6.

(94) *ibid.*, lib. 1, cap. 4 : Probatur Ius abdicandi Reges, p. 7.

(95) "*Articles pour proposer aux Estatz et faire passer en loy fondamentale du Royaume*", 1588, p. 5 (B.N. 8° Lb 34.525).

reconnaisse le droit de "décharger" le roi hérétique de ses fonctions. Le 7 janvier 1589, on sait avec certitude que Boucher fut l'instigateur de l'adoption, par la faculté de théologie de Paris d'un texte, signé par 70 docteurs, qui déclarait Henri III déchu de son trône pour cette raison (96).

Les positions de Boucher sur la nature élective de la dévolution de la couronne et plus encore sur la faculté de déposer le prince indigne trahissent avec certitude l'influence du théoricien huguenot François Hotman, l'auteur de la "Franco-Gallia" (97). Pour ce qui a trait à la faculté de déposition, outre des précédents bibliques laissés de côté par Hotman (98), le curé de Saint-Benoît cite d'ailleurs sensiblement les mêmes exemples (99).

Or, que faire lorsque le prince résiste et ne veut pas se soumettre à la volonté du peuple ? À la différence d'Hotman, qui ne répond pas nettement à cette question, Boucher a une réponse claire.

### 3. LES LIMITES TENANT À LA JURIDICTION PROVIDENTIELLE : LE DROIT AU TYRANNICIDE

Sur la base des Écritures (100), Boucher admet, avec la plupart des théologiens (101), depuis Jean de Salisbury (102), et comme les papes de son temps (103), qu'il est permis à un simple particulier de tuer un tyran qui usurpe le pouvoir. Celui-ci est légitimement "proyé à un chacun qui le voudra, ou sera et pourra tuer" (104). On retrouvera bientôt (respectivement en 1599 et 1610) des théories semblables chez les jésuites Mariana (105) et Bellarmin (106), réputés pourtant plus modérés,

(96) "Le peuple est délié et délivré du serment de fidélité et obéissance prêté au susdit roi Henri. Le même peuple peut être licitement et en toute conscience, armé et réuni, peut lever des deniers et contribuer à la défense de la religion catholique, apostolique et romaine contre les entreprises néfastes dudit roi et de ses partisans. Parce qu'il a violé la foi publique au préjudice de la religion catholique et de l'Edit de la Sainte Union, et de la naturelle liberté de la convocation des trois ordres du royaume" (A. Lebrige, *op. cit.*, p. 168).

(97) A. Leca, "La souveraineté du peuple dans les "Franco-Gallia" de F. Hotman", RRJ 1992-1, pp. 277-290.

(98) J. Boucher, "Sermons", III, *op. cit.*, p. 251.

(99) Il mentionne Chilpéric, Gillon, Théodoric, Childéric, le dernier mérovingien, Charles le Simple ... et Louis le Fainéant, "dernier de la race des Carliens" (*ibid.*, p. 251), qui est pourtant mort sur le trône.

Entre autres exemples, Hotman mentionnait également Chilpéric ("Franco-Gallia", 1574, éd. Leca, PUAM, Aix, 1991, p. 67), Théodoric, Childéric (*ibid.*, pp. 68-69) et Charles le Simple (*ibid.*, p. 71).

(100) Les passages des Écritures susceptibles de légitimer le tyrannicide ou le meurtre du représentant du tyran sont l'assassinat d'Eglon par Aod (Jg, III, 14-23), de Sisera par Yaél (Jg, IV, 17-21), d'Absalom par Joab (Sam, II, XVII, 14), de Joram, de sa mère et d'Ochozias par Jéhu (Rois, II, 9), d'Athalie par Yahoyada (Rois, II, 11) et, le plus connu, celui d'Holopherne par Judith (Judith, 12-13), dont l'authenticité est pourtant la plus douteuse (F.-L. Ford, "Le meurtre politique - Du tyrannicide au terrorisme", PUF, "Histoires", Paris, 1990, pp. 30-31).

(101) H. Lureau, *op. cit.*, p. 33 ; M. Marabuto, *op. cit.*, t. 1, p. 31. Négativement, on peut noter qu'en France les monarchomaques protestants n'ont pas insisté sur le tyrannicide. Ni Hotman, ni Bèze n'en soufflent mot. Junius Brutus se contente de le déclarer "recevable" contre le tyran d'usurpation et, comme La Boétie ("Discours de la Servitude volontaire), évoque rapidement l'exemple d'Harmodios et Aristogiton ("Vindiciae contra tyrannos" 1581, réimpr. Droz, p. 211).

(102) Johannes Saresberiensis (vers 1110-1180), "Policraticus sive de nugis curialium et vestigiis philosophorum" (1155), lib. VIII, cap. XVII.

(103) C'est ainsi que Grégoire XIII (1572-1585) a admis le meurtre de Guillaume I<sup>er</sup> d'Orange en 1584 (L. Ranke, "History of the Popes", Londres, G. Bell and sons, 1891, I, pp. 519-523) et Sixte-Quint (1585-1590), celui d'Henri III, cinq ans plus tard (A. Lebrige, *op. cit.*, p. 190).

(104) Réponse à l'Évesque du Mans", *op. cit.*, pp. 45-46.

(105) H. Lureau, *op. cit.*, pp. 33-34.

(106) Le "Tractatus de potestate summi pontificis in temporalibus" (1610) du cardinal jésuite Robert Bellarmin (1542-1621) enseigne que tout particulier a le droit de tuer un tyran d'usurpation, pourvu qu'il n'existe pas d'autre moyen de s'en débarrasser et que de plus grands maux ne soient à craindre (R. Mousnier, *op. cit.*, pp. 238 à 240).

jusqu'à ce que la Compagnie de Jésus n'interdise ces thèses au lendemain du meurtre d'Henri IV (107).

\*  
\*\_\*\_\*

Boucher se singularise de la théorie traditionnelle en vouant au même sort le tyran d'exercice, dans les cas d'extrême nécessité (108).

\*

Tel est d'abord le cas d'Henri de Valois. Selon Boucher le meurtre d'Henri III est le fait de Dieu (109), dont Jacques Clément n'aurait été que l'instrument providentiel. On rencontre un raisonnement analogue chez l'auteur anonyme du "De justa reipublicae christianae" en 1590 (110) et dans le "De Rege" de Mariana en 1599 (111). À Rome même, lorsque l'attentat fut connu, le Pape Sixte-Quint déclara en consistoire qu'un acte aussi utile, aussi admirable, manifestait la volonté de Dieu et n'avait pu s'accomplir qu'avec le concours de la divine Providence (112). L'originalité du curé de Saint-Benoît tient au fait que, logique avec lui-même, il ne cite aucune condition de mise en jeu du tyrannicide (113), au motif implicite qu'on ne fait pas entrer la Providence divine dans des cadres de droit humain.

À partir du moment où aucune formalité n'est exigée pour tuer le prince indigne, il ne faut pas s'étonner que la théorie que Boucher expose dans le "De justa...abdicatione" soit toute entière centrée sur la définition du tyran. Ce faisant elle suit de très près celle de Jean Petit. On retrouve en effet, les trois types

(107) Par décret du 6 juillet 1610, le général des Jésuites interdit aux membres de sa congrégation "d'affirmer publiquement et en privé... qu'une personne a le droit, sous quelque prétexte que ce soit, de tuer rois ou princes ou de compléter leurs mort". Il est intéressant de noter que le décret ne dit pas que le tyrannicide n'est pas une théorie "sûre, approuvée et bien-fondée". Il évite d'ailleurs de discuter du fond du problème. Il dispose seulement que ces thèses peuvent provoquer le scandale "ou d'autres difficultés" et qu'elles doivent être abandonnées à ce titre (C. Aquaviva, *Decretum de tyrannicidio*, Archivum Romanum Societatis Jesui, Francia 32, fol. 431).

(108) J. Boucher, "De Iusta... abdicatione, IV, 2, f° 220 r°.

(109) "Et pour revenir à la France, l'exécution du jugement de Dieu, en la personne de Henri III, dernier mort d'autant plus admirable que plus on s'efforce de l'obscurcir, l'imputant contre tous sens commun au conseil et maniment des hommes..." ("*Sermons de la simulée conversion...*", IV, *op. cit.*, p. 287).

Henri III a perdu la vie "par un coup de la main de Dieu et de son jugement admirable, quoy qu'on barbouille au contraire contre tout discours et raison que ce soit esté par pratique ou conspiration humaine" (*ibid.*, VIII, p. 562).

(110) Après avoir indiqué que les particuliers ont le droit de s'affranchir en tuant le tyran, "comme ils tueraient un voleur" ("*De justa reipublicae christianae in reges impios autoritate*", Paris, Guillaume Bichon, 1590, p. 394), l'auteur cite l'exécution d'Henri III par Jacques Clément, "très-illustre et candide jeune homme dont l'Esprit Saint a armé le bras" (*ibid.* p. 389 a et b).

(111) Certes le premier livre du "De Rege et de regis institutione" (1599) de Mariana justifie la mise à mort du tyran d'origine sans aucune formalité juridique, puisque celui-ci peut et doit être "abattu comme un chien". Mais il n'admet le meurtre du tyran d'exercice qu'à condition que l'acte recueille le consentement exprès des citoyens. Tel fut le cas pour Henri III. Selon lui, Jacques Clément était "un jeune homme d'un esprit simple et d'un faible corps, mais dont une vertu plus haute soutenait les forces et le coeur" (J.-J. Chevallier, *op. cit.*, p. 152 ; H. Lureau, *op. cit.*, pp. 33-34). Il peut être "considéré par le plus grand nombre comme une gloire éternelle de la France" (R. Mousnier, *op. cit.*, p. 85).

(112) A. Lebigre, *op. cit.*, p. 190.

(113) En effet, le "De justa reipublicae christianae..." exige que certaines conditions soient remplies. Il faut que le prince fasse acte de tyrannie et réitère car "una hirundo non facit ver". Il faut en outre qu'il devienne avéré et manifeste que le peuple ne veut plus obéir à un tel chef (*op. cit.*, p. 394 a). Enfin, il exige l'avis de l'Église (*ibid.*, p. 395 : "Ecclesia sententia in rege tyrannico deponendo maxime attendenda"). De même, le jésuite Emmanuel de Sâ enseignait dans ses "Aphorismi confessoriorum" (Anvers, 1593) que le régicide par un simple particulier n'était possible qu'à l'issue d'une sentence publique de condamnation (R. Mousnier, *op. cit.*, p. 85).

d'arguments, qui apparaissent dès 1408 sous la plume du conseiller de Jean sans Peur (114), responsable de l'assassinat de Louis d'Orléans.

Le raisonnement s'articule autour de trois axes.

Tout d'abord le vieil argument de la diabolisation de l'adversaire, qui remonte à Jean de Salisbury (115). Henri III est un fauteur d'hérésie et un hérétique lui-même (116). Il est schismatique (117), simoniaque (118) et sacrilège (119). C'est un magicien et un adorateur du diable (120), un sodomite (121), et un antéchrist (122), ennemi de Dieu (123).

Ensuite, l'accusation de trahison à l'égard de la couronne. Henri III n'est plus roi légitime (124), il occupe indûment le trône, depuis que sa déchéance a été officiellement constatée... par la Faculté de théologie de Paris (125) !

Enfin, le vieux thème de l'oppression du peuple illustré depuis le XII<sup>ème</sup> siècle (126). Le Valois est un assassin (127) et même un parricide, car les Guise qu'il a fait tuer étaient ses parents (128). C'est un tyran et il est licite de tuer les tyrans (129).

\*

De toute évidence, Henri de Béarn entre également dans cette catégorie. En 1593-1594, Boucher portera d'ailleurs des accusations semblables à son égard.

1° - Henri IV est coupable de crime contre la Foi, c'est "un heretique, un relaps, chef d'heretiques, un sacrilège & brusleur d'Eglises, un corrupteur de nonains, un massacreur de Religieux et de Prestres, un ennemi juré de l'Eglise, un qui n'a fait en sa vie autre chose que faire la guerre à l'Eglise, d'espandre le sang des catholiques..." (130). Chacune de ces accusations ou presque justifierait la peine capitale. Boucher précise ainsi "qu'en matière de relaps, nul ne saurait nier qu'il n'y aille de la mort" (131). De même, il ajoute qu'"aux corrupteurs de nonnains, par le droict civil, non obstant la pénitence, est ordonné la peine de mort" (132). De toute manière, il ne cache pas que toutes ces précautions sont superflues, tant il est vrai qu'un hérétique est "de tout droit en est hors, tant humain comme divin, tant civil que canonique" (133). C'est également l'avis de l'auteur du "De justa reipublicae

(114) A. Coville, *J. Petit : la question du tyrannicide au commencement du XV<sup>ème</sup> siècle*, Paris, Picard, 1932.

(115) (vers 1110-1180) Dès 1159, celui-ci écrivait : "Le prince est une image de la Divinité et le tyran est une image de Lucifer. Le prince, image de Dieu, doit être aimé, honoré, vénéré ; le tyran, image de la méchanceté diabolique, doit être tué la plupart du temps" ("*Policraticus*", lib. VIII, cap. XVIII, Anvers, 1595, pp. 538-539).

(116) J. Boucher, "*De iustia Henrici tertii abdicatione e francorum regno*", Paris, 1589, lib. 2, cap. 13 à 16, 18 à 20.

(117) *ibid.*, lib. 2, cap. 17-18.

(118) *ibid.*, lib. 2, cap. 21-22.

(119) *ibid.*, lib. 2, cap. 23 à 26.

(120) *ibid.*, liv. 2, cap. 27 à 31. un peu plus loin, Boucher écrit que le tyran est l'image même du diable (liv. 3, cap. 13, p. 63).

(121) *ibid.*, lib. 2, cap. 32, p. 121 a.

(122) *ibid.*, lib. 3, cap. 38, p. 216.

(123) *ibid.*, lib. 2, cap. 32 à 35.

(124) *ibid.*, lib. 3, cap. 19, p. 179.

(125) *supra*.

(126) "Le vrai prince combat pour les lois et pour la liberté du peuple ; le tyran ne croit avoir rien fait tant qu'il n'a pas supprimé les lois et réduit les peuples en servitude" ("*Policraticus*", *op. cit.*, p. 538).

(127) *ibid.*, lib. 2, cap. 7 : Henricus homicida, pp. 52 sq. ; cap. 9 : Henricus assassinus, pp. 57 sq.

(128) *ibid.*, lib. 2, cap. 8 : Henricus parricida, pp. 56-57.

(129) *ibid.*, lib. 3, cap. 15-16.

(130) "*Sermons de la simulée conversion...*", IV, *op. cit.*, p. 231.

(131) *ibid.*, VIII, p. 528.

(132) *ibid.*, VIII, pp. 528-529.

(133) *ibid.*, IX, p. 584.

christianae in reges implos autoritate", pour qui Henri de Navarre est hérétique relaps et mérite d'être tué à ce titre "comme tout autre hérétique" (134).

2° - Il est également coupable de crime contre la Couronne, qu'il revendique indûment. Certes, Boucher ne conteste pas que "le droit de succession pur" (135), "la loi salique toute nue" (136) est favorable à Henri de Navarre. De même, il reconnaît qu'il n'existe pas à proprement parler de loi de catholicité dans la constitution de l'État (137), Toutefois, il écrit que les droits de succession fondés sur la parenté par le sang doivent céder le pas devant la Foi (138), car le royaume Très Chrétien ne peut pas être privé d'un Roi catholique (139). En d'autres termes, il ne conçoit l'ordre de succession profane que subordonné à un ordre supra-constitutionnel supérieur (140), qu'il appelle "la loy de chrétienté" (141). Il faut donc que le roi soit "salique" et catholique (142), un "vray Catholique" (143), né catholique, un hérétique converti ne pouvant valablement être tenu pour Roi (144). C'est également le point de vue de Mgr Rose (145).

3° - Henri de Béarn est enfin coupable de crime contre le peuple, en raison de la guerre dans laquelle il a plongé le Royaume, lui qui "de tous temps s'est rebellé contre la patrie, a commis tant d'actes de félonie, y a introduit les ennemis, en a troublé repos et ... a violé toutes loix, divines et humaines" (146).

En exil aux Pays Bas espagnols, après la victoire d'Henri IV, Boucher publia en 1595 une "Apologie pour Jean Châtel" (147), son dernier ouvrage notable (148), destiné à justifier la tentative de meurtre perpétrée contre le Roi de France. Il

(134) *"De justa reipublicae christinae in reges impios auctoritate"*, op. cit., p. 413 a.

(135) *"Sermons de la simulée conversion..."*, IX, p. 572.

(136) *ibid*, IX, p. 575.

(137) "Il n'y a point de loy d'Etat en France, qui oblige le Roy d'estre Catholique, comme d'estre masle par la loy Salique" (*ibid*, IV, p. 290).

(138) *ibid*, IV, pp. 309-310.

(139) *ibid*, p. 290. "De sorte que ne pouvant estre un Royaume Chrestien, si le chef n'est Chrestien, ni le Royaume Très Chrestien, si le chef n'est Très Chrestien, ny le Royaume Catholique, si le chef n'est Catholique : si l'on demande, quelle est ceste loy d'Etat en France, par laquelle le Roy est tenu d'estre Cayholique, la response ne sera autre, sinon que ceste loy est la mesme Chrestienté" (*ibid*, p. 296).

(140) "Qui ne sçait mesme, que quand bien les deux loix seroient incompatibles, ou de droict ou de fait (quoique grace à Dieu elles ne sont, l'une declarant et réglant l'autre) la loy Salique devroit périr, pour nous conserver la Chrétienne ?" (*ibid*, p. 298).

(141) "Par le mesme lien, dont le Royaume s'est obligé à Jesus Christ, par le mesme il est tenu, de ne reconnaistre autre Roy, que Catholique. Et que dira-on icy de la loy Salique, pour opposer à ceste loy, ou estre plus que ceste loy ? Ou lequel penserions nous devoir estre preferé d'estre masle, ou Catholique ? Car en sommes nous d'accord, que la loy Salique ait lieu. Mais subordonnement pourtant à la loy de Chrestienté et sans preiudice d'icelle" (*ibid*, IV, p. 297).

(142) "La loy veut que le Roy soit masle, et nous le voulons aussi. Mais que soit cest enfant masle... parfaict Catholique, qui ne soit excommunié de l'Eglise Catholique, qui ne soit relaps heretique, qui ne supporte l'heretique, qui exterminé l'heretique. Car c'est le malle qu'il nous faut. Pour régir les peuples de France avec la verge de fer, qui est la loy de Jesus Christ, juste, droicte et inflexible" (*ibid*, IV, p. 299).

(143) "Il nous faut un vray Catholique, non un contrefait Catholique, non un déguisé Catholique, non un simulé Catholique. N'estant loisible de commettre, en une main si peu assurée, une bague si précieuse, que la religion de noz peres. Qui il nous faut un tout entier, non divisé, non à demy : un loyal et non retourné, un qui soit frappé au bon coin, et qui soit de bon aloy, non un marqué et remarqué, non un reforcé catholique" (*ibid*, IX, p. 576).

(144) En effet, Henri a été exclu de l'ordre de succession en raison de son hérésie et tous les canonistes savent que "le droit qui n'a peu estre acquis, pour empeschement ou delict, ne peut revenir l'empeschement ou delict estant osté" (*ibid*, IX, p. 577).

(145) Malgré une historiographie malveillante qui le présente volontiers comme "espagnolisé", dès son sermon du 17 mars 1591, Rose avait affirmé qu'il "faut un roi... non pas hérétique ni Béarnais, ni non plus étranger ou Espagnol ; mais un qui soit bien catholique, du sang de France" (F. Giroux, *"Un prélat ligueur au XVIème siècle : Rose, évêque de Senlis"*, Laon, Soc. d'Imprimerie Républicaine, 1902, p. 27). Il réitéra lors de son intervention aux Etats Généraux de 1593 (*ibid*, p. 33).

(146) *ibid*, p. 231.

(147) François de Verone, *"Apologie pour Jean Chastel"*, 1595, in-8°. L'ouvrage fut réimprimé en 1610 sans nom d'auteur et diffusé dans une version latine intitulée *"Jesuita sicarius"*, Lugdunum, 1611 (Ch. Labitte, op. cit., p. 251, n. 1).

(148) On lui a attribué quatre pamphlets publiés en 1612 et 1614 assez insignifiants (supra note 35).

va jusqu'à y contester qu'il y ait eu tentative de régicide, car, dit-il, Henri IV ne peut être considéré comme roi (149). À ses yeux, il ne s'agit que d'une tentative d'homicide et un homicide licite dans la mesure où tout bon catholique doit tuer les hérétiques si ceux-ci ne peuvent pas être appréhendés par l'État, jugés et exécutés dans les formes normales. Ravaiillac comprendra la leçon.

\*  
\*..\*

Aucun autre auteur n'est allé si loin dans les limites posées aux droits du Roi. Peut-on voir pour autant dans l'idéologie de la Ligue un précurseur des idéaux révolutionnaires ? Assurément pas.

\*

Même à la lecture de ses thèses sur la "juridiction" du peuple, Boucher n'est pas un démocrate. D'ailleurs, s'agissant de la France, il ne se réfère jamais au concept de démocratie (150), à laquelle il préfère le gouvernement monarchique (151). Mais ce n'est pas là l'essentiel. Même si, dans l'énoncé des droits du peuple, il est plus radical qu'aucun de ses devanciers, il nourrit des conceptions qui n'en excluent pas moins le gouvernement populaire.

En premier lieu, lorsqu'il parle de la communauté politique, Boucher ne dit jamais, comme Bellarmin (152), qu'en son sein, tous ses membres sont égaux. D'ailleurs, on ne rencontre dans son œuvre aucune remise en cause de la noblesse traditionnelle, à la différence du pamphlet "De la vertu de Noblesse" de Jean de Caumont, en 1585 (153) ou du "Dialogue d'entre le maheustre et le manant" d'un ligueur anonyme, en 1593 (154). L'idée d'une quelconque égalité dans la participation politique lui est absolument étrangère. Pour y arriver, il aurait fallu qu'il surmonte deux obstacles mentaux essentiels : le postulat d'une société d'ordres et l'idée que le peuple n'est pas une addition d'individus, mais un ensemble de corps et de communautés. Or ces deux axiomes subsisteront dans la pensée politique française jusqu'au XVIII<sup>e</sup> siècle.

En second lieu et surtout, le peuple de Boucher n'est pas une "multitude inorganisée" ("confusa turba"). Conformément aux conceptions médiévales traditionnelles depuis saint Thomas d'Aquin, il n'a pas d'existence politique, hors de ses représentants naturels. Pour Boucher il s'agit des Grands ("Proceres"), députés aux

(149) François de Verone, "Apologie pour Jean Chastel", *op. cit.*, 2<sup>e</sup>me partie, chap. VIII.

(150) En revanche, il utilise le terme de "democratia" à propos de la Suisse (J. Boucher, "De iusta Henrici tertii abdicatione e francorum regno", *op. cit.*, p. 13). Il en est de même de l'auteur anonyme du "De justa reipublicae in reges impios autoritate" qui écrit "necessarius causis et reipublicae commodis adducti alias assumperunt Helvetii parendi et imperandi formas" (p. 6 a).

(151) supra note 71.

(152) C'est dans son "Tractatus de potestate summi pontificis in temporalibus" (1610) qu'il enseigne que le pouvoir a été donné au peuple et qu'à l'intérieur de la communauté politique, les hommes sont égaux (J.-J. Chevallier, *op. cit.*, p. 151).

(153) D. Crouzet, *op. cit.*, t. 2, pp. 445-446.

(154) L'originalité de cet ouvrage dans la littérature catholique radicale, tient principalement à son "populisme" et à son hostilité à l'égard des nobles. La noblesse, accuse le Manant, n'est qu'une "sangsue", une "espèce imaginaire". On sent une réminiscence du "Roman de la Rose" (vers 18.589 à 18.604), lorsqu'il précise que la véritable noblesse se fonde sur "la vertu que l'on acquiert et non sur celle acquise d'autrui, et le titre de noblesse doit être personnel et non héréditaire" ("Dialogue", *op. cit.*, éd. 1593, p. 141, 252). Le "Dialogue" exprime le regret d'être allé et resté "au milieu du gué", d'avoir "trop entrepris et trop exécuté, d'autant qu'en matière d'État il ne faut remuer à demi mais de fond en comble, et prendre tout ou ne rien entreprendre", ce qui est une critique très nette du "modérantisme" qui a finalement prévalu dans le gouvernement de la Ligue, de 1589 à 1594.

États (155). En effet, il ne conçoit l'expression de la volonté du peuple qu'à travers les États Généraux, guidés par ses élites (156). D'après lui, concrètement "les États ont le roi en juridiction directe de leur autorité souveraine et puissance naturelle (...). Ce sont eux en qui (...), réside la puissance et majesté publique" (157). Ils ont donc établis la royauté et les règles de dévolution de la couronne, qu'ils peuvent librement modifier (158). Ils pourraient même changer demain de régime si la monarchie n'était entre tous "le plus utile" des gouvernements (159). S'agissant, non plus de la forme du régime, mais du dépositaire du pouvoir d'État, ce sont pratiquement les États qui élisent et qui, éventuellement, destituent les rois : "la puissance de lier et de délier demeure aux peuples *et Estats* qui sont éternellement gardes de souveraineté, juges des sceptres et royaumes" (160). En janvier 1593, Boucher s'efforcera de mettre cette théorie en pratique en cherchant à imposer aux États Généraux, transformé en assemblée périodique (161), l'élection du dernier des Guise. Cette ébauche d'une doctrine représentative ne manque certainement pas d'intérêt, mais elle n'a rien de démocratique.

\*

Boucher est et demeure un théocrate (162), comme l'attestent sa doctrine de la juridiction pontificale et celle du tyrannicide, qui, non seulement n'impliquent pas le peuple, mais excluent l'une et l'autre toute prise de décision collective. Au fond, il en est encore de même, lorsque Boucher parle de la communauté politique car, lorsque celle-ci est appelée à se manifester, à travers ses chefs naturels, c'est la voix de Dieu qu'elle exprime et l'Église paraît toujours pouvoir la rectifier, en vertu du principe "sacerdos populum praecedat" (163).

---

(155) "De Iusta... abdicatione", f° II v°.

(156) A. Lebigre, *op. cit.*, p. 246.

(157) J. Boucher, "Sermons de la simulée conversion... de Henry de Bourbon", IV, *op. cit.*, pp. 249-250. La "juridiction directe" des États sur le Roi est donc l'expression "de leur autorité souveraine" ("Sermons de la simulée conversion...", IV, *op. cit.*, p. 263).

(158) Les États peuvent changer la "loy de succession", car rien ne peut "lier les Estats qui pour leur souveraineté ne peuvent estre astreins à aucune loy, qu'a la loy naturelle, generale et souveraine, qui est le salut du peuple. Et par consequent de la Chrestienté. Que toute autre loy, de quelque nature qu'elle soit, peut estre revoquée, dérogée et annullée, pour servir à celle là, qui le modelle, le nivelle, la regle et le compas sur toutes autres" ("Sermons de la simulée conversion...", IV, *op. cit.*, p. 289 à 291).

(159) supra notes 71 et 75.

(160) "Sermons de la simulée conversion...", *op. cit.*, IV, p. 250.

(161) Les "Sermons" ne précisent pas la nature de cette périodicité. À notre connaissance il en est de même des autres ouvrages de Boucher. En revanche d'autres Ligueurs ont avancés des propositions plus concrètes, se situant dans un délai allant d'un à cinq ans. L'avocat Oudart Raynssanç était partisan d'États annuels ("Représentation de la Noblesse hérétique sur le théâtre de France", Paris, Bichon, 1591, fol. 59). Le Manifeste de Péronne du Cardinal de Bourbon envisageait des réunions tous les trois ans (P. Robiquet, "Histoire municipale de Paris", Hachette, t. 2, 1904, p. 200 ; E. Bamavi, "Le parti de Dieu", *op. cit.*, p. 164). La déclaration des Seize aux États de Paris de janvier 1593 parlait de son côté de réunions tous les cinq ans (V. Palma-Cayet, "Chronologie novenaire contenant l'histoire de la guerre sous le règne du très-chrestien roy de France et de Navarre Henri IV", livre V, 1838, p. 443 ; G. Picot, "Histoire des États Généraux", *op. cit.*, t. 2, p. 231 ; E. Bamavi, "Le parti de Dieu", *op. cit.*, p. 164 ; A. Lebigre, *op. cit.*, p. 236).

(162) C'était déjà l'avis de G. Weill, "Les théories sur le pouvoir royal pendant les guerres de religion", Paris, Hachette, 1891, p. 23, repris par J.-J. Chevallier, "Histoire de la pensée politique", *op. cit.*, t. 1, p. 354.

(163) "De Iusta... abdicatione", *ibid.*, I, 18, f° 20 v°.

R.R.J. 1992-2  
Pages 537 à 554

- VI -

NOTES DE JURISPRUDENCE



# LES MISES EN DEMEURE DE L'ARTICLE 42 DE LA LOI RELATIVE À LA LIBERTÉ DE COMMUNICATION : MESURES PRÉPARATOIRES, MESURES PRÉALABLES, SANCTIONS ADMINISTRATIVES ?

C.E. 20 Mars 1991, Société La Cinq c/ C.S.A., rec. p. 99

Par

Alain BOYER

*Maître de Conférences à l'Université d'Orléans*

La décision de mettre en demeure, sur le fondement de l'article 42 (1) de la loi relative à la liberté de communication, un opérateur audiovisuel de se conformer à ses obligations, constitue une mesure préalable soumise au contrôle du juge de l'excès de pouvoir. Les bandes-annonces et les bandes d'auto-promotion ne sont pas des messages publicitaires au sens de l'article 73 (2) de la loi. Tel est en substance l'apport de l'arrêt ici présenté.

Le président du Conseil supérieur de l'audiovisuel, par une lettre du 4 août 1989, a mis en demeure la société La Cinq de respecter les dispositions de l'article 73 de la loi du 30 septembre 1986 (3) modifiée par la loi du 17 janvier 1989 (4).

Mécontente de cette décision, la société La Cinq dépose une requête, auprès du Conseil d'État, compétent en premier et dernier ressort. La requérante demande

---

(1) L'article 42 de la loi relative à la liberté de communication dispose que : "Le Conseil supérieur de l'audiovisuel peut mettre en demeure les titulaires d'autorisation pour l'exploitation d'un service de communication audiovisuelle de respecter les obligations qui leur sont imposées par les textes législatifs et réglementaires et par les principes définis à l'article 1er de la présente loi".

(2) L'article 73 de la loi dispose que : "Sans préjudice des dispositions de la loi n° 85-660 du 3 juillet 1985 précitée, la diffusion d'une œuvre cinématographique ou audiovisuelle par un service de communication audiovisuelle ne peut faire l'objet de plus d'une interruption publicitaire sauf dérogation accordée par le Conseil supérieur de l'audiovisuel. Le message publicitaire doit être clairement identifiable. "L'interruption publicitaire ne peut contenir que des messages publicitaires à l'exclusion de tout autre document, donnée au message de toute nature, notamment bande-annonce, bande d'auto-promotion.

"Toutefois, la diffusion d'une œuvre cinématographique par les sociétés nationales de programme visées à l'article 44 de la présente loi et par les services de télévision dont le financement fait appel à une rémunération de la part des usagers ne peut faire l'objet d'aucune interruption publicitaire.

"Le sous-titrage des œuvres cinématographiques est interdit, de même que toute interruption publicitaire des œuvres cinématographiques diffusées dans le cadre d'émissions de ciné-club".

(3) Loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, JORF, 1er octobre 1986, p. 11755.

(4) Loi n° 89-25 du 17 janvier 1989 modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, JORF du 18 janvier 1989, p. 754.

l'annulation pour excès de pouvoir de la décision contenue dans la lettre du 4 août 1989. Trois arguments sont présentés par la demanderesse : incompétence de l'auteur de l'acte, défaut de formalité substantielle, interprétation erronée de l'article 73 de la loi. Le Conseil d'État écarte chacun de ces moyens d'annulation et rejette le pourvoi.

Pour ce faire, le Conseil d'État a tranché, implicitement, la question de la recevabilité d'un recours pour excès de pouvoir dirigé contre une décision de mise en demeure prise sur le fondement de l'article 42 de la loi relative à la liberté de communication et a ainsi précisé la nature juridique d'un tel acte avant d'aborder successivement les griefs tenant à la forme de l'acte puis ceux relatifs au fond.

## I - L'EXAMEN DE LA RECEVABILITÉ DE LA REQUÊTE

Le Conseil d'État a, implicitement (5), tranché la question de la nature juridique des mises en demeure prononcées par le Conseil supérieur de l'audiovisuel sur le fondement de l'article 42 de la loi relative à la liberté de communication car celle-ci conditionne tant la recevabilité de la requête que le régime juridique de l'acte en cause.

Les mises en demeure sont des mesures préalables et à ce titre des actes administratifs faisant griefs mais ne constituent pas des sanctions administratives. Une telle solution présente un grand intérêt tant au regard de la protection des droits des opérateurs audiovisuels que de façon plus générale à l'égard de la typologie des actes du Conseil supérieur de l'audiovisuel.

### A - Les mises en demeure sont des actes administratifs faisant griefs

M. Delvolvé, dans une étude consacrée à l'acte administratif, rappelle que "les mises en demeure sont à la fois postérieures à une décision en ce qu'elles enjoignent à une personne de s'y conformer et antérieures à une autre en ce qu'elles annoncent les dispositions qui seront prises en cas d'inexécution. C'est pourquoi il vaut mieux les traiter à part. On peut les définir comme des mesures par lesquelles l'autorité administrative ordonne à un administré d'observer un certain comportement sous peine de faire l'objet de certaines dispositions, et particulièrement de poursuites ou de sanctions" (6).

Les mises en demeure présentent ainsi un caractère intermédiaire rendant délicate la détermination de leur nature juridique et par là-même leur régime contentieux. Face à de tels actes, le juge administratif est confronté à une alternative : soit il considère que la mise en demeure ne fait que préparer une décision ultérieure (notamment une sanction) et ne produit pas par elle-même d'effets de droit interdisant donc la recevabilité d'un recours (notamment du recours pour excès de pouvoir), soit il estime que la mise en demeure constitue une décision et produit des effets de droit ouvrant la recevabilité des recours.

La société La Cinq défend, dans sa requête, la thèse selon laquelle les mises en demeure prononcées par le Conseil supérieur de l'audiovisuel constituent des actes administratifs faisant griefs voire même des sanctions administratives.

(5) Pour un autre exemple d'admission implicite de la recevabilité d'un recours pour excès de pouvoir en matière audiovisuelle voir : C.E. 9 mai 1990, Roujansky et association, "La télé est à nous" c/ CNCL, R.R.J. 1991-2, p. 465, note A. Boyer, "Audiovisuel : un exemple de contrôle d'autorisation délivrée par l'organe de régulation à une chaîne privée", R.R.J. 1991-2, p. 454 : il s'agissait de savoir si les téléspectateurs pouvaient attaquer par la voie du recours pour excès une autorisation délivrée à une chaîne privée.

(6) Pierre Delvolvé, "L'acte administratif", Coll. droit public, Sirey, 1983, p. 94.

Le Conseil d'État admet partiellement la thèse de la requérante en ce qu'elle affirme la nature d'actes administratifs faisant griefs des mises en demeure de l'article 42 de la loi relative à la liberté de communication. En revanche, le juge administratif rejette l'assimilation des mises en demeure de l'article 42 aux sanctions administratives de l'article 42-1 (7) de la loi que proposait la société La Cinq.

## B - La portée d'une telle affirmation

La solution, consacrée dans la présente affaire par le Conseil d'État quant à la nature juridique des mises en demeure de l'article 42 de la loi relative à la liberté de communication, s'inscrit dans une certaine continuité jurisprudentielle. En effet, après quelques hésitations, la juridiction administrative a adopté une solution empirique qui permet dans la majorité des hypothèses de considérer que les mises en demeure sont des actes administratifs faisant griefs (8).

Ainsi, l'arrêt du Conseil d'État du 20 mars 1991 ne constitue pas, du point de vue du droit administratif général, une évolution significative de la jurisprudence administrative relative à la recevabilité du recours pour excès de pouvoir dirigé contre les mises en demeure administratives.

En revanche, du point de vue du droit de l'audiovisuel, la solution retenue présente un double intérêt. D'une part, le Conseil d'État renforce les droits des opérateurs audiovisuels dans leur rapport avec l'autorité régulatrice. D'autre part, et de façon plus générale, cet arrêt permet de préciser la typologie des actes du Conseil supérieur de l'audiovisuel ainsi que leur régime contentieux.

La loi relative à la liberté de communication n'apporte pas d'indication quant à la nature juridique des mises en demeure de l'article 42. Toutefois, elle permet de situer ces actes dans un processus pouvant conduire au prononcé d'une sanction administrative. Se fondant sur cet élément, la requête, comme nous l'avons déjà souligné, assimilait les mises en demeure à des sanctions administratives. Ce point de vue, défendu par un opérateur, est parfaitement compréhensible dans la mesure où, d'une façon générale, il permet d'obtenir le maximum de garanties procédurales (notamment le respect des droits de la défense (9)) et, en l'espèce, l'annulation de la mise en demeure pour non respect des dites garanties. Le Conseil d'État ne pouvait

(7) L'article 42-1 de la loi dispose que : "Si le titulaire d'une autorisation pour l'exploitation d'un service de communication audiovisuelle ne respecte pas les obligations ci-dessus mentionnées ou ne se conforme pas aux mises en demeure qui lui ont été adressées, le Conseil supérieur de l'audiovisuel peut prononcer à son encontre, compte tenu de la gravité du manquement, une des sanctions suivantes :

1° - La suppression, après mise en demeure, de l'autorisation ou d'une partie du programme pour un mois au plus ;

2° - la réduction de la durée de l'autorisation dans la limite d'une année ;

3° - une sanction pécuniaire assortie éventuellement d'une suspension de l'autorisation ou d'une partie du programme, si le manquement n'est pas constitutif d'une infraction pénale ;

4° - le retrait de l'autorisation".

(8) Voir les exemples cités par M. Delvolvé dans son ouvrage "L'acte administratif", Coll. droit public, Sirey, 1983, p. 95.

(9) L'article 42-7 institue une procédure particulière pour le prononcé des sanctions les plus graves. Cette procédure a pour objet de garantir au mieux les droits de la défense des titulaires d'autorisation. L'article 42-7 dispose que : "Les sanctions prévues aux 2°, 3° et 4° de l'article 42-1 ainsi que celles de l'article 42-3 sont prononcées dans les conditions prévues au présent article.

"Le vice-président du Conseil d'État désigne un membre de la juridiction administrative chargé d'instruire le dossier et d'établir un rapport. Le rapporteur peut présenter des observations orales. Il assiste au délibéré avec voix consultative.

"Le Conseil supérieur de l'audiovisuel notifie les griefs et le rapport au titulaire de l'autorisation pour l'exploitation d'un service de communication audiovisuelle qui peut consulter le dossier et présenter ses observations écrites dans le délai d'un mois. En cas d'urgence, le président du Conseil supérieur de l'audiovisuel peut réduire ce délai sans pouvoir le fixer à moins de sept jours.

"Le titulaire de l'autorisation est entendu par le Conseil supérieur de l'audiovisuel. Il peut se faire représenter. Le Conseil supérieur de l'audiovisuel peut également entendre toute personne dont l'audition lui paraît susceptible de contribuer utilement à son information".

adopter une telle solution sans porter atteinte à l'économie du dispositif relatif aux sanctions administratives du Conseil supérieur de l'audiovisuel. En effet, le prononcé d'une sanction (suspension d'autorisation ou d'une partie du programme pour un mois au plus, réduction de la durée de l'autorisation dans la limite d'une année, sanction pécuniaire, retrait de l'autorisation) par l'autorité régulatrice de l'audiovisuel ne se fait qu'au terme d'une procédure dont on peut dégager trois phases principales : le constat, la mise en demeure, la sanction. Le constat a pour objet l'établissement de la matérialité des faits relatifs à la commission d'une infraction. La mise en demeure a, quant à elle, pour but de porter à la connaissance de l'opérateur l'infraction à la légalité audiovisuelle qui a été constatée afin que celui-ci puisse soit modifier son comportement, soit justifier le dit comportement. Enfin, si besoin est, le Conseil supérieur de l'audiovisuel pourra prononcer une sanction pour contraindre l'opérateur audiovisuel à respecter ses obligations (le prononcé de la sanction faisant l'objet d'une réglementation précise contenue dans les articles 42-1 et suivant de la loi relative à la liberté de communication). Dès lors, il apparaît que les mises en demeure de l'article 42 de la loi constituent, selon les propres mots du Conseil d'État, "une mesure préalable à une éventuelle sanction" permettant de porter à la connaissance d'un opérateur certains faits qui pourront éventuellement être retenus à sa charge si le Conseil supérieur de l'audiovisuel décide de le sanctionner. Ainsi, les mises en demeure apparaissent comme des actes permettant à l'opérateur en cause de se justifier. Il s'agit dès lors d'acte condition à l'exercice des droits de la défense dans le cadre d'une procédure de sanction. On ne peut donc pas les assimiler à une sanction et notamment contraindre l'autorité régulatrice de l'audiovisuel à respecter les formalités prévues par le droit positif pour le prononcé d'une sanction administrative et notamment le respect des droits de la défense.

Ayant ainsi distingué, conformément au texte de la loi, les mises en demeure des sanctions proprement dites, le Conseil d'État, en qualifiant ces actes de mesure préalable, renforce les droits des opérateurs audiovisuels tels qu'ils ressortaient de la lecture de la loi. En effet, la loi relative à la liberté de communication prévoit que le titulaire d'une autorisation peut former un recours de pleine juridiction devant le Conseil d'État contre les décisions du Conseil supérieur de l'audiovisuel prononçant une sanction à son encontre. En revanche, la loi ne prévoit rien en matière de contrôle juridictionnel des mises en demeure. Mais le silence gardé par le législateur n'a jamais empêché le Conseil d'État d'admettre la recevabilité d'un recours pour excès de pouvoir, l'admission d'une telle recevabilité ayant pour effet de renforcer la protection des administrés (10). Tel est le cas dans l'espèce commentée. En effet, en complétant la loi, en déclarant recevable un recours pour excès de pouvoir dirigé contre une mise en demeure, le Conseil d'État accroit les garanties juridictionnelles des opérateurs audiovisuels dans la mesure où ces derniers pourront recourir au juge dès avant le prononcé de la sanction.

(10) Le célèbre arrêt d'assemblée du 17 février 1950 *Ministre de l'agriculture contre Dame Lamotte* énonce que le recours pour excès de pouvoir est ouvert, même sans texte, à l'encontre de tout acte administratif afin d'assurer le respect de la légalité : "Considérant que l'article 4 alinéa 2 de l'acte dit loi du 23 mai 1943 dispose : "L'octroi de la concession ne peut faire l'objet d'aucun recours administratif ou judiciaire" ; que, si cette disposition, tant que sa nullité n'aura pas été constatée conformément à l'ordonnance du 9 août 1944 relative au rétablissement de la légalité républicaine, a pour effet de supprimer le recours qui avait été ouvert au propriétaire par l'article 29 de la loi du 19 février 1942 devant le Conseil de préfecture pour lui permettre de contester, notamment, la régularité de la concession, elle n'a pas exclu le recours pour excès de pouvoir devant le Conseil d'État contre l'acte de concession, recours qui est ouvert même sans texte contre tout acte administratif, et qui a pour effet d'assurer, conformément aux principes généraux du droit, le respect de la légalité ;" (souligné par nous), C.E. Ass. 17 février 1950, *ministre de l'agriculture c/Dame Lamotte*, rec. 110, R.D.P., 1951, p. 478, concl. J. Delvolvé, note M. Waline, G.A.J.A., 1990, 9ème éd., p. 433.

Enfin, et de façon générale, l'arrêt du 20 mars 1991 apporte une nouvelle pierre à la typologie des actes de l'autorité régulatrice de l'audiovisuel en précisant que les mises en demeure constituent des mesures préalables et à ce titre peuvent être déferées au juge de l'excès de pouvoir. Il convient de noter que le Conseil d'État fait preuve de beaucoup de pragmatisme dans la définition de la nature juridique des différents actes de l'autorité régulatrice de l'audiovisuel (11).

Ayant implicitement admis la recevabilité de la requête, le Conseil d'État a dû procéder à l'examen de la légalité de l'acte déferé.

## II - L'EXAMEN DE LA LÉGALITÉ DE L'ACTE DÉFÉRÉ

La société La Cinq développe, dans sa requête, plusieurs moyens d'annulation relatifs tant à la légalité externe qu'à la légalité interne de l'acte déferé. Examinons successivement chacun d'eux.

### A - La légalité externe de l'acte déferé

La requérante considère que la lettre du 4 août 1989, constitutive d'une mise en demeure, est illégale du fait de l'incompétence de l'auteur de l'acte, du défaut de publication et enfin du non-respect de certaines formalités. Le Conseil d'État rejette ces trois moyens ce qui ne va pas sans poser certaines difficultés pour apprécier la portée de cet arrêt au regard, notamment, de l'obligation de publication des décisions du Conseil supérieur de l'audiovisuel au Journal Officiel de la République française que semble imposer la loi sur la liberté de communication.

Le premier moyen d'annulation soulevé par la requête, l'incompétence de l'auteur de l'acte, est écarté sans difficulté par le Conseil d'État. La société La Cinq, arguant du fait que la lettre du 4 août 1989 est signée par le président du Conseil supérieur de l'audiovisuel, soutient que la mise en demeure qu'elle contient a été prise par une autorité incompétente dans la mesure où elle aurait dû être adoptée de façon collégiale par le Conseil supérieur de l'audiovisuel. Une telle analyse reste superficielle. En effet, il convient de distinguer la décision proprement dite du support permettant de la porter à la connaissance des personnes concernées. Se fondant sur cette distinction, le Conseil d'État vérifie que la mise en demeure a été prise de façon collégiale sous la forme d'une délibération du Conseil supérieur de l'audiovisuel. Tel ayant été le cas, la haute juridiction ne peut que rejeter l'argument tenant à l'incompétence de l'auteur de l'acte.

Le deuxième moyen de légalité externe avancé par la requérante concerne la publicité de la mise en demeure. La demanderesse considère que l'absence de publication de l'acte est constitutive d'une illégalité. Le Conseil d'État rejette cet argument et rappelle, conformément à une jurisprudence bien établie, que le défaut de publicité d'un acte ne constitue pas en tant que tel un moyen d'annulation d'un acte administratif. L'absence de publicité ne fait que rendre l'acte inopposable. Or, en l'espèce, la lettre litigieuse est constitutive de la notification de la mise en demeure prononcée par le Conseil supérieur de l'audiovisuel à l'encontre de la société La Cinq. Dès lors, cette dernière ne peut arguer ni de l'illégalité de la mise en demeure pour défaut de publication ni même de son inopposabilité dans la mesure où la lettre

(11) Le Conseil d'État déclare irrecevable un recours pour excès de pouvoir dirigé contre une décision d'appel à candidature. Une telle position ne l'empêche pas dans une autre espèce de procéder à un contrôle indirect de la liste de fréquences proposées dans la décision d'appel à candidature (solution implicite). C.E. 20 février 1991, Société Ile de France Média, Rec. p. 58 ; C.E. 20 février 1991, Association "Services Informations Sports", rec. 60. R. Schwartz, C. Maugüé Chronique générale de jurisprudence administrative française, A.J.D.A., 1991, p. 351, spéc. p. 353.

a eu pour effet de porter la mise en demeure à sa connaissance. Toutefois, l'application, en matière audiovisuelle, de cette jurisprudence traditionnelle ne va pas sans poser certaines difficultés au regard de la loi relative à la liberté de communication. En effet, le législateur, désirant garantir une certaine transparence des travaux de l'organe de régulation de l'audiovisuel, oblige le Conseil supérieur de l'audiovisuel à rendre publique ses décisions. Plusieurs dispositions de la loi témoignent de ce souci. Ce texte contient deux articles qui imposent, semble-t-il, la publication de tous les actes du Conseil supérieur de l'audiovisuel au Journal Officiel (12). Or, classiquement, le droit administratif prévoit deux techniques de publicité des actes administratifs : la notification pour les mesures individuelles, la publication pour les mesures réglementaires. Dès lors, un problème de compatibilité entre le droit administratif général et la loi relative à la liberté de communication est posé en matière de publicité des mesures individuelles. Doit-on publier ou notifier les mesures individuelles prises en application de la loi relative à la liberté de communication ? La solution retenue en l'espèce par le Conseil d'État apporte un début de réponse. La règle de la publication au Journal Officiel des mesures individuelles ne présente pas d'intérêt pour les opérateurs dans la mesure où l'autorité régulatrice de l'audiovisuel notifie, conformément au droit administratif général, ces décisions aux personnes intéressées. En revanche, la règle de la publication des mesures individuelles, notamment des autorisations, au Journal Officiel permet de porter ces actes à la connaissance tant des opérateurs concurrents que des auditeurs afin qu'ils puissent s'en prévaloir. Une telle conséquence s'inscrit parfaitement dans le prolongement de la jurisprudence constitutionnelle qui fait des auditeurs et des téléspectateurs les destinataires privilégiés de la liberté de communication (13). Enfin, au-delà de cet intérêt contentieux, la règle de la publication des décisions au Journal Officiel contraint le Conseil supérieur de l'audiovisuel à déployer son activité sur "la place publique" renforçant ainsi la légitimité de l'organe de régulation. Telle nous semble être la portée de la règle de la publication au Journal Officiel au regard de la solution retenue par le Conseil d'État dans l'arrêt commenté.

Nous devons, malgré tout, remarquer que le raisonnement du juge est peu développé sur ce point et se fonde sur l'article 42 de la loi au terme duquel "le Conseil supérieur de l'audiovisuel rend publique ces mises en demeure" et non sur les articles 32 et 42-6 qui prévoient que les décisions de l'autorité régulatrice sont publiées au Journal Officiel. Il nous faudra ainsi attendre la jurisprudence ultérieure pour vérifier si l'interprétation de la loi, que nous croyons pouvoir tirer, sur ce point, de l'arrêt commenté, est exacte (14).

(12) L'article 32 de la loi relative à la liberté de communication dispose que : "Les autorisations prévues à la présente section sont publiées au Journal Officiel de la République française avec les obligations dont elles sont assorties.

"Les refus d'autorisation sont notifiés aux candidats et motivés".

L'article 42-6 de la loi dispose, quant à lui, que : "Les décisions du Conseil supérieur de l'audiovisuel sont motivées. Elles sont notifiées au titulaire de l'autorisation pour l'exploitation d'un service de communication audiovisuelle. Elles sont publiées au Journal Officiel de la République française".

(13) Le Conseil Constitutionnel considère que : "l'objectif à réaliser est que les auditeurs et les téléspectateurs qui sont au nombre des destinataires essentiels de la liberté proclamée par l'article 11 de la Déclaration de 1789 soient à même d'exercer leur libre choix sans que ni les pouvoirs publics puissent y substituer leur propre décision, ni qu'on puisse en faire l'objet d'un marché", décision 86-217 DC du 18 septembre 1986, JORF, p. 11294 ; Ch. Debbsch, "Les grands arrêts du droit de l'audiovisuel", Coll. Droit public, Sirey, 1991, p. 245 et s.

(14) Dans un arrêt du 27 septembre 1991, le Conseil d'État a indiqué, sur le fondement de l'article 32 de la loi, que les autorisations entrent en vigueur à compter de leur publication au Journal Officiel : "Mais, considérant qu'il résulte des dispositions de l'article 32 de la loi susvisée, que les autorisations d'usage de fréquence ne prennent effet qu'à compter de leur publication au Journal Officiel de la République française ; " C.E. 27 septembre 1991, SARL "Société Diffusion Rhône-Alpes" Droit administratif, novembre 1991, n° 467.

Enfin, la requérante soulève un troisième moyen de légalité externe tenant au non respect de formalités substantielles. Comme nous l'avons vu précédemment, la société La Cinq assimile les mises en demeure à des sanctions. Sur ce fondement, la demanderesse conteste la légalité de la mise en demeure en tant qu'elle n'a pas été prise conformément aux formalités prévues pour le prononcé des sanctions. Le Conseil d'État rejette sans difficulté cette argumentation en constatant que les mises en demeure de l'article 42 ne sont pas des sanctions mais de simples mesures préalables pour le prononcé desquelles la loi relative à la liberté de communication ne prévoit pas de formalités particulières si ce n'est la constatation préalable d'une infraction à la légalité audiovisuelle et la prise d'une délibération par le Conseil supérieur de l'audiovisuel portant mise en demeure. On ne peut que se ranger à la solution retenue par la haute juridiction qui a le mérite de garantir le droit des opérateurs (en qualifiant les mises en demeure de mesures préalables et en admettant ainsi la recevabilité du recours pour excès de pouvoir à leur encontre) et de garantir, pour l'autorité régulatrice, un formalisme peu contraignant pour la prise d'un acte qui ne constitue qu'une étape d'une procédure complexe dont l'aboutissement peut, éventuellement, consister dans le prononcé d'une sanction qui répond, quant à lui, à un formalisme contraignant qui a pour but principal le respect des droits de la défense.

À côté de ces moyens de légalité externe, la demanderesse développe, dans sa requête, un moyen de légalité interne tenant à une interprétation erronée de l'article 73 de la loi par le Conseil supérieur de l'audiovisuel.

## **B - La légalité interne de l'acte déféré**

Le Conseil supérieur de l'audiovisuel estime que l'article 73 de la loi relative à la liberté de communication interdit la diffusion d'un message d'auto-publicité dans le cadre d'un écran publicitaire. La société La Cinq conteste une telle interprétation et demande au Conseil d'État d'annuler la mise en demeure prononcée par le Conseil supérieur de l'audiovisuel au regard d'une telle lecture de la loi. La haute juridiction administrative, sur le fondement du contrôle de l'erreur de droit, rejette la demande de la Cinq et affirme le bien fondé de l'interprétation choisie par l'autorité régulatrice de l'audiovisuel.

La démarche du juge se déroule en trois temps :

- Tout d'abord, le Conseil d'État rappelle les termes de l'article 73 de la loi selon lequel "sans préjudice des dispositions de loi n° 85-660 du 3 juillet 1985 précitée, la diffusion d'une œuvre cinématographique ou audiovisuelle ne peut faire l'objet de plus d'une interruption publicitaire sauf dérogation accordée par le Conseil supérieur de l'audiovisuel... l'interruption publicitaire ne peut contenir que des messages publicitaires à l'exclusion de tout autre document, donnée ou message de toute nature, notamment bandes-annonces, bandes d'auto-promotion". Cet article autorise, ainsi, l'interruption publicitaire des œuvres cinématographiques et audiovisuelles. Toutefois, cette autorisation n'est pas générale et absolue. Cette autorisation est assortie de deux limites. La première limite est constituée par le respect des droits d'auteurs et des droits voisins protégés par la loi du 3 juillet 1985. Ainsi, a-t-il été jugé par le Tribunal de grande instance de Paris que le fait, pour une chaîne de télévision d'incruster son logo sur l'écran lors de la diffusion d'un téléfilm alors que le réalisateur de celui-ci avait fait connaître son désir de ne pas voir son œuvre victime d'une interruption publicitaire ou d'une incrustation de logos,

constituait une violation du droit moral de l'auteur ouvrant droit à réparation (15). La seconde limite, dont le fondement est, d'une part, le respect de l'équilibre global du marché publicitaire inter-média et, d'autre part, le respect des droits des consommateurs, est constituée, d'une part par l'interdiction de procéder à plus d'une interruption publicitaire par œuvre sauf dérogation accordée par le Conseil supérieur de l'audiovisuel, et, d'autre part, par l'obligation de ne diffuser à cette occasion que des messages publicitaires à l'exclusion de toute autre forme de messages et notamment de bandes annonces ou de bandes d'auto-promotion.

- Dans un deuxième temps, le Conseil d'État indique l'interprétation qu'il convient de donner à la seconde limite fournie par l'article 73 à l'autorisation d'interception publicitaire. Deux thèses s'affrontent. L'une, soutenue par la Cinq, a pour objet d'atténuer les effets de l'article 73 de la loi afin de garantir une plus grande liberté d'action au profit des opérateurs en considérant que l'on pouvait assimiler messages publicitaires et bandes annonces ou bandes d'auto-promotion de façon à permettre une auto-publicité de la chaîne au cours de la diffusion d'une œuvre. La seconde thèse, défendue par le Conseil supérieur de l'audiovisuel, ayant pour objet de donner plein effet à l'article 73 de la loi, considère que cette disposition prohibe, à l'exception des mesures publicitaires autorisées, l'interruption de la diffusion d'une œuvre par tout message quelconque y compris les bandes-annonces et les bandes d'auto-promotion. Le juge administratif, gardien de la légalité, retient l'interprétation de l'autorité régulatrice de l'audiovisuel qui donne plein effet à l'article 73 de la loi.

- Enfin, dans un troisième temps, le Conseil d'État tire les conséquences de son raisonnement et juge que le Conseil supérieur de l'audiovisuel, en mettant en demeure la Cinq de ne pas interrompre la diffusion d'une œuvre cinématographique ou audiovisuelle par une bande-annonce ou une bande d'auto-promotion, ne s'est pas "fondé sur une interprétation inexacte de la loi".

La solution, retenue par le Conseil d'État, présente un grand intérêt dans la mesure où, pour la première fois à notre connaissance, le juge administratif interprète l'article 73 de la loi relative à la liberté de communication.

Selon le juge administratif, l'article 73 de la loi signifie, d'une part, l'autorisation -sauf opposition des auteurs- d'interrompre une fois (sauf dérogation accordée par le Conseil supérieur de l'audiovisuel) la diffusion d'une œuvre cinématographique ou audiovisuelle, d'autre part, que ladite interruption ne peut contenir que des messages publicitaires à l'exclusion de toute autre forme de message, et enfin, que les bandes-annonces ou les bandes d'auto-promotion ne sont pas des messages publicitaires au sens de la loi.

Cependant, deux éléments devront être éclaircis par le juge administratif à l'occasion de litiges futurs :

- Que doit-on entendre positivement par "message publicitaire" ?
- Que recouvre la notion "exclusion de tout autre document, donnée ou message de toute nature" à laquelle fait référence la loi ?

(15) T.G.I. Paris, 29 juin 1988, Marchand et autres c/ La Cinq, Legipresse, n° 54, sept. 1988, p. 26 ; D. 1989, Somm. 298, Th. Hassler ; Ch. Debbasch, "Les grands arrêts du droit de l'audiovisuel", Coll. Droit public, Sirey, 1991, p. 289.

## ANNEXE

CONSEIL D'ÉTAT  
20 MARS 1991  
Société La Cinq c/ C.S.A.

Requête de la société La Cinq, qui demande l'annulation pour excès de pouvoir de la décision du 4 août 1989 par laquelle le Conseil supérieur de l'audiovisuel l'a mise en demeure de se conformer aux dispositions de l'article 73 de la loi du 30 septembre 1986 modifiée par la loi du 17 janvier 1989, relative à la liberté de communication ;

Vu la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de la communication, modifiée par la loi n° 89-25 du 17 janvier 1989 ; le code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel ; l'ordonnance n° 45-1708 du 31 juillet 1945, le décret n° 53-934 du 30 septembre 1953 et la loi n° 87-1127 du 31 décembre 1987 ;

*Sur la légalité externe de la décision attaquée* : — Considérant qu'aux termes de l'article 42 de la loi du 30 septembre 1986, modifiée par la loi du 17 janvier 1989 : "Le Conseil supérieur de l'audiovisuel peut mettre en demeure les titulaires d'autorisation pour l'exploitation d'un service de communication audiovisuelle de respecter les obligations qui leur sont imposées par les textes législatifs et réglementaires et par les principes définis à l'article 1er de la présente loi : — Le Conseil supérieur de l'audiovisuel rend publiques ces mises en demeure ... " ;

Cons., en premier lieu, que si la décision mettant en demeure la société La Cinq de se conformer aux dispositions de l'article 73 de la loi susvisée a été portée à sa connaissance par une lettre, en date du 4 août 1989, signée par le président du Conseil supérieur de l'audiovisuel, il ressort des pièces du dossier que cette décision a été prise par délibération du Conseil, lors de sa séance du 1er août 1989 ; que, par suite, la société requérante n'est pas fondée à soutenir que la décision attaquée a été prise par une autorité incompétente ;

Cons., en second lieu, que la circonstance que, contrairement aux dispositions précitées, la mise en demeure adressée à la société requérante n'aurait pas été publiée n'est pas, par elle-même, de nature à entacher la légalité de cette décision ;

Cons., en troisième lieu, que s'agissant d'un acte qui constitue, non une sanction, mais une mesure préalable à une éventuelle sanction, la mise en demeure adressée par le Conseil supérieur de l'audiovisuel n'est, en l'absence de dispositions législatives ou réglementaires particulières, soumis à aucune formalité ;

*Sur la légalité interne* : — Cons. qu'aux termes de l'article 73 de la loi susvisée dans sa rédaction résultant de la loi du 17 janvier 1989 : "Sans préjudice des dispositions de la loi n° 85-660 du 3 juillet 1985 précitée, la diffusion d'une oeuvre cinématographique ou audiovisuelle ne peut faire l'objet de plus d'une interruption publicitaire sauf dérogation accordée par le Conseil supérieur de l'audiovisuel ... — L'interruption publicitaire ne peut contenir que des messages publicitaires à l'exclusion de tout autre document, donnée ou message de toute nature, notamment bande-annonce, bandes d'auto-promotion" ; qu'il résulte de ces dispositions que la diffusion d'une oeuvre cinématographique ne peut faire l'objet que d'une interruption unique dont l'objet exclusif est de permettre la diffusion de

messages publicitaires ; que la promotion de la chaîne de télévision à l'aide d'une bande-annonce n'est pas assimilable à la diffusion d'un message publicitaire ; que le Conseil supérieur de l'audiovisuel, en mettant en demeure la société requérante de renoncer à faire suivre les messages publicitaires diffusés lors de l'interruption autorisée de bandes enregistrées annonçant les programmes de la chaîne, n'a pas fondé sa décision sur une interprétation inexacte de la loi ;

Cons. qu'il résulte de ce qui précède que la société La Cinq n'est pas fondée à demander l'annulation de la délibération attaquée ; ... (rejet).

**LE CONTENTIEUX DE LA RESPONSABILITÉ ADMINISTRATIVE  
DANS LE CADRE DE L'ACCOMPLISSEMENT DES  
OBLIGATIONS MILITAIRES D'UN APPELÉ DU CONTINGENT :  
LE CAS D'UN SUICIDE**

**NOTE**

**Sous Cour administrative d'appel de Lyon (3ème Chambre)**

**17 octobre 1990**

**STÉFANI**

**Requête n° 89 LY 01320**

**Par**

**Lakhdar BOUMAZA**

*DEA de Droit public interne*

*Chargé de travaux dirigés à la Faculté de Droit et de Science politique  
d'Aix-Marseille III*

Si l'on en croit un certain nombre d'arrêtés rendus par la juridiction administrative, l'accomplissement par un appelé, de ses obligations militaires est un domaine d'application du contentieux de la responsabilité de la puissance publique (C.A.A. de Lyon 28/11/1990, Longin Leb. p. 284 ; AJDA 1991 chronique p. 124 et s. ; C.E. Section 27/10/1990 Consorts Bridet et autres, Leb. p. 230 ; C.A.A. de Lyon, Stéfani 17/10/1990, Leb. p. 964, AJDA 1991 p. 124 et s.).

C'est plus précisément les faits de la dernière affaire qui a retenu notre attention et suscité des interrogations (nous tenons ici à remercier tout particulièrement M. D. Richer qui nous a communiqué très gracieusement les conclusions qu'il a rendues dans cette affaire).

M. M. Stéfani a été incorporé en octobre 1983 au 159ème régiment d'infanterie alpine à Besançon et a été affecté à l'organe mobilisateur de ce régiment à Gap en décembre. Au cours d'une permission, il faisait une tentative de suicide par ingestion de psychotropes et était alors hospitalisé à l'hôpital militaire de Desgemettes à Lyon pendant 5 jours, avant de rejoindre son unité. En sa qualité de magasinier, il était affecté, un week-end sur deux, à la garde de l'armurerie en compagnie d'un autre magasinier. À cet effet, l'un des deux hommes de permanence porte constamment à la ceinture un pistolet automatique chargé. C'est dans ces conditions que, le samedi 7/04/1984, vers 9h30, M. Stéfani, qui était de garde en compagnie de M. Roux et porteur d'un pistolet automatique, s'est tiré une balle dans le ventre. L'intéressé après les soins requis en a été quitte pour une IPP de 10 %.

Une action en responsabilité fut engagée devant le tribunal administratif de Marseille. Celui-ci par un jugement en date du 02/02/1989 rejeta la demande au motif qu'il n'était pas établi qu'en affectant l'intéressé à la garde de l'armurerie, l'autorité militaire aurait commis une faute de nature à engager la responsabilité de l'État.

Sur appel de requérant, la Cour administrative d'Appel de Lyon s'est prononcée, conformément aux conclusions de son commissaire du gouvernement, en estimant "que le sieur Stéfani est en droit d'obtenir réparation des dommages corporels en résultant dès lors que sa blessure est imputable à l'accomplissement de ses obligations militaires".

Le mécanisme de réparation dans ce type d'activité est organisé par l'article L 62 alinéa 2 du Code du service national prévoyant que : "les dispositions des articles 20 et 21 du statut général des militaires ne font pas obstacle à ce que les jeunes gens accomplissant les obligations du service national, victimes de dommages corporels subis dans le service ou à l'occasion du service, puissent, ainsi que leurs ayants droits, obtenir de l'État, lorsque la responsabilité est engagée, une réparation complémentaire destinée à assurer l'indemnisation intégrale du dommage subi, calculée selon les règles du Droit commun".

Ce qui importe ici, c'est de rechercher les conditions dans lesquelles le juge d'appel a retenu la responsabilité de la puissance publique. Cela tient, d'une part, à la nature de l'activité en cause (I) et d'autre part, en raison de l'indifférence du juge à retenir le fait de la victime comme cause exonératoire de responsabilité (II).

## I - LA NATURE DE L'ACTIVITÉ EN CAUSE

La particularité de l'article L 62 du Code est de se contenter de faire uniquement référence à la responsabilité de l'État, sans en préciser le fondement. Une telle solution est logique compte tenu de la diversité des activités militaires : administrative ou purement militaire (utilisation de l'armement lourd ou léger). Ceci à pour corollaire de renvoyer à la multiplicité des régimes de responsabilité que connaît notre droit public français. Il incombera au juge administratif de préciser, dans ce cas comme dans d'autres, les circonstances de l'affaire pour appliquer le régime adéquat.

En pratique, il en est tout autrement si l'on examine certaines décisions. Ces dernières retiennent une responsabilité sans faute alors que l'on se trouve parfois en présence d'une responsabilité pour faute. Citons par exemple l'arrêt Longin (CAA de Lyon, 28/11/1990, AJDA 1991, p. 164, n° 22, observations Jouguelet et Laloum, p. 124 et s.). Dans cette affaire le juge opte pour la responsabilité sans faute à propos d'une altercation entre deux appelés. En réalité, on aurait dû se placer sur le terrain du défaut de surveillance ou la mauvaise organisation du service qu'on rattache à un cas de responsabilité pour faute. Ainsi à propos d'un pillage ne se rattachant pas à des opérations de guerre, le juge, dans une espèce *Ministre des armées c/Dame Roubert et sieur Roux*, a estimé qu'il y avait lieu d'engager la responsabilité de l'État pour faute de service sur la base d'un défaut de surveillance (CE, 28/01/1962, AJDA 1962, p. 522, n° 225, observations F. Coulet).

Pour l'arrêt qui nous concerne, la référence à la responsabilité sans faute semble être satisfaisante dès lors que l'instrument générateur du dommage est une arme à feu utilisée dans le cadre du service. Plus précisément, le juge retient comme fondement le risque créé par certaines activités de la puissance publique. Cela ne ressort pas clairement de l'arrêt. Mais tant les tables du recueil *Lebon* que les rédacteurs des abstracts de la banque de données *Jade* classent ce type de dommage dans une telle rubrique. Cette absence n'est pas surprenante pour la compréhension de la décision. Il est de jurisprudence constante de recourir à cette formule en présence d'une telle situation.

Mais la question que l'on se pose est de savoir quels sont les risques qu'a pu encourir le militaire du rang qui a tenté, une seconde fois, de mettre fin à ses jours. Pour notre part, les risques sont quelque peu réduits puisqu'il a agit seul et contre lui-même. Le risque aurait pu jouer si l'intervention d'un tiers aurait, volontairement

ou involontairement, causée un dommage au sieur Stéfani (CE, Ass. 26/10/1974, Sadoudi, Leb. p. 603). L'arrêt adopte une conception extensive du lien de causalité entre le préjudice allégué et l'activité administrative prétendument dommageable. Peut-on réellement affirmer que la blessure est imputable à l'accomplissement des obligations militaires ? Comme le remarque le Doyen C. Debbasch "il n'y a pas de lien direct entre le fait de l'administration et le dommage, lorsque l'administration n'a fourni que l'occasion du préjudice" (Institutions et droit administratifs, Tome II, "L'action administrative et le contrôle de l'administration", PUF, Thémis, 3ème édition 1992, p. 276) Ici le lien instrumental est fictif car le requérant n'a pas fait usage de son arme dans les conditions auxquelles on doit s'attendre normalement.

Ce qui paraît choquant, c'est le rapprochement que l'on a fait entre l'utilisation d'une arme à feu dans le cadre d'une mission de garde et le comportement purement personnel dépourvu de tout lien avec le service. La critique que l'on peut adresser à cette décision est d'avoir choisie un régime de responsabilité qui a priori n'avait pas lieu de s'appliquer. Le recours à la faute de service s'imposait tout particulièrement ici. Les autorités militaires ont fait assuré un service de garde à un appelé qui, quelque temps auparavant, venait déjà de tenter de se suicider en absorbant des médicaments. La négligence provient du fait qu'on a imposé une obligation à quelqu'un dont on ne pouvait prévoir à l'avance et de manière précise et sûre le comportement au cours d'une telle activité. Et comme le remarque le commissaire du gouvernement Richer dans ses conclusions, "la question soulevée par ce dossier est celle de la responsabilité de l'État en raison de la faute qu'aurait commise l'armée en le laissant en mesure d'attenter une seconde fois à ses jours alors que son penchant suicidaire était connu" (conclusions précitées). La prise de mesures appropriées s'imposait donc, et la dispense de cette sujétion aurait évité de mettre la victime au contact d'une arme chargée à balle réelle.

La jurisprudence administrative confirme cette orientation proposée. Dans trois arrêts du Conseil d'État, les juges retiennent la responsabilité de la puissance publique soit pour défaut de surveillance (7/05/1955, Département du Rhône c/ Dame veuve Rosati, Lebou, p. 470 ; 10/11/1961 sieur Eveillard, Lebou, p. 639) soit pour mauvaise organisation et fonctionnement du service (23/12/1981 Centre hospitalier de Bayonne, Tables Lebou, p. 903). Il s'agissait également de tentative de suicide de malades dont les tendances suicidaires étaient connues des services chargés de les examiner et de les soigner. Précisons que les incidents survenus dans ces établissements hospitaliers, les victimes ont rarement accès à des objets ou des instruments dangereux susceptibles de mettre leur vie en danger ; et que dans tous ces cas les patients ont eu recours à la noyade. L'analogie consiste à montrer que l'emploi d'une arme n'est pas déterminante dans l'espèce Stéfani. Ce dernier aurait pu, quand il le voulait et par tous autres moyens, mettre fin à ces jours. Mais il est vrai qu'un tel usage est en quelque sorte une méthode plus radicale pour y parvenir, dès lors que l'occasion lui en a été donnée.

Il est vrai que dans ce type de responsabilité, il y a l'exigence de la preuve d'une faute. La difficulté n'est pas insurmontable puisque l'affectation, dans les circonstances de l'espèce, est la cause du dommage. Il reste que le résultat est le même, c'est-à-dire l'engagement de la responsabilité de l'État, mais les conditions pour y parvenir sont, comme nous venons de le voir, différentes. Enfin, ce qui paraît critiquable, c'est la reconnaissance de la responsabilité de l'État alors que le juge n'a pas, selon nous, suffisamment apprécié durant l'instruction de l'affaire la réalité et l'étendue des troubles affectant la victime au moment des événements. Dans son dispositif, le juge d'appel désigne un expert unique chargé de prendre connaissance du dossier médical de la victime pour fournir toutes indications pouvant présenter une utilité pour l'évaluation du préjudice à réparer. Normalement cette désignation aurait

dû se produire avant toute décision au fond. Le code des TA et des CAA permet effectivement aux magistrats de prendre une telle initiative afin de mieux se rendre compte de l'état mental du requérant (articles 128 et 148). D'autant que l'on aurait pu en tirer toutes les conséquences sur la part de responsabilité que chacun aurait pu endosser. Il semble donc que la décision soit emprunte d'une grande équité pour la victime même si elle fait apparaître des imperfections d'un point de vue de la technique juridique.

Le régime des causes exonératoires de responsabilités sont également l'objet de discussion.

## II - L'INDIFFÉRENCE DU FAIT DE LA VICTIME

On présente la cause d'exonération de responsabilité comme la possibilité "pour la personne à qui réparation d'un dommage est demandée de s'exonérer de sa responsabilité en démontrant que ce dommage trouve son origine dans une cause étrangère, c'est-à-dire un événement qui lui est extérieur" (M. Fornacciari, "Exonérations et atténuations de responsabilité" *Répertoire Dalloz de Contentieux administratif*, n° 1).

Pour ce qui nous concerne, on se trouve en présence d'un fait de la victime puisqu'elle est l'unique participant à son propre dommage. On pourrait donc considérer, de prime abord, que cela est susceptible d'exclure la responsabilité de la puissance publique. Bien plus "lorsque, le juge voit dans le fait de la victime, la cause unique du dommage, le défendeur est bien entendu mis hors de cause" (M. Fornacciari, *op. cit.*, n° 127).

En l'espèce, c'est bien le cas mais on pourrait objecter que le militaire du rang n'était pas en mesure d'assurer convenablement sa fonction. Pour apprécier la valeur de cette objection, il faut s'interroger sur une éventuelle prédisposition de la victime à la réalisation de son propre dommage. Dans son étude intitulée "Faute et fait de la victime dans le contentieux de la responsabilité administrative extracontractuelle" (AJDA 1980, p. 398), M. Payre définit cette notion comme étant l'hypothèse dans laquelle le juge administratif tient compte du fait ou plutôt de l'état de la victime pour exonérer partiellement ou totalement l'administration (*op. cit.*, p. 405). Pour le Président Odent, "les prédispositions physiologiques de la victime sont sans influence sur le principe de la responsabilité ; mais elles peuvent avoir une influence sur l'évaluation du montant de la réparation" (Cours de droit, "Contentieux administratif", IEP Paris, 1976/1981, p. 1492). L'absence d'influence confirme l'indifférent du juge à l'égard de l'attitude de la victime.

Dans l'arrêt Stéfani, les prédispositions sont physiologiques et d'ordre mental. Elles peuvent se définir comme étant "tout état pathologique, toute particularité physique ou mentale anormale, propre à aggraver le préjudice résultant d'un accident" (Mme Nguyen Thanh Nha, "L'influence des prédispositions sur l'obligation à réparation du défendeur à l'action en responsabilité", *Revue trimestrielle de droit civil*, 1976, p. 3). Le juge administratif exige, pour admettre la responsabilité de l'État, que les prédispositions soient antérieures à la production du dommage. Si elles ne se révèlent qu'à la suite de l'accident le juge n'en tient pas compte (CE, 17/10/1962, *Ministre des armées c/ Caisse primaire de sécurité sociale*, Lebon, p. 551). La première tentative de suicide révèle bien chez la victime la présence de certaines difficultés psychologiques. On hésite à retenir ce fait comme exonératoire lorsque le militaire du rang n'était pas en pleine possession de toutes ces capacités intellectuelles. C'est la solution qui a été proposée par M. Richer remarquant "que la faute de la victime ne saurait être retenue en atténuation de cette responsabilité : les troubles psychiques excluant le discernement et le caractère responsable de l'acte, dès lors que

la thèse de la tentative de suicide est admise" (conclusions précitées). Le rejet de cette cause exonératoire est pleinement satisfaisante pour l'appelé Stéfani, car souvent les tentatives de suicides s'inscrivent quelquefois dans le cadre d'opérations de simulations pour essayer de se soustraire à ces obligations militaires. L'article 418 du code de justice militaire prévoit de lourdes peines de prison en cas de mutilation volontaire. C'est ainsi que, tout récemment, la chambre criminelle de la Cour de cassation a estimée "qu'un appelé était coupable du délit de mutilation volontaire, et qu'en avalant le contenu d'une boîte de médicaments et en se blessant à la main, il s'est rendu volontairement impropre au service, même de manière temporaire, dans le but de se soustraire à ses obligations militaires" (Cassation criminelle, 19/12/1990 Kieffer ; Gazette du palais, Journal du 09 au 11/02/1992, p. 15, Observations J.-P. Doucet).

S'il faut assurer la réparation des préjudices subis par les citoyens servant la Nation il ne faut pas tomber dans l'excès inverse. Une rigoureuse sélection s'impose entre les différents dommages causés et leurs faits générateurs méritant d'être réparés.

La décision Consorts Bridet et autres (précitée CE 27/10/1990, Leb., p. 230) est l'expression d'une politique jurisprudentielle cohérente. Indépendamment du fondement retenu en matière de responsabilité, gageons que cet arrêt serve d'exemple à l'ensemble des juges administratifs sur la manière d'appréhender le préjudice véritablement réparable.

## ANNEXE

ARMÉES - SERVICE NATIONAL - CONTENTIEUX DE LA RESPONSABILITÉ - DOMMAGE SUBI PAR UN APPELÉ - RESPONSABILITÉ SANS FAUTE - TENTATIVE DE SUICIDE AU MOYEN D'UNE ARME DE SERVICE LORS DE L'ACCOMPLISSEMENT DES OBLIGATIONS MILITAIRES. RESPONSABILITÉ DE LA PUISSANCE PUBLIQUE - FAITS SUSCEPTIBLES OU NON D'OUVRIR UNE ACTION EN RESPONSABILITÉ - FONDEMENT DE LA RESPONSABILITÉ - RESPONSABILITÉ SANS FAUTE - RESPONSABILITÉ FONDÉE SUR LE RISQUE CRÉÉ PAR CERTAINES ACTIVITÉS DE PUISSANCE PUBLIQUE

**COUR ADMINISTRATIVE D'APPEL DE LYON**  
**3° chambre 17/10/1990 - Stéfani n° 89LY01320**

Vu la requête, enregistrée au greffe de la cour le 10 mars 1989 et présentée pour M. Michel Stéfani, demeurant 8 rue de l'ancienne préfecture à Lyon 2ème, par Me J.-C. Baverez, avocat au barreau de Lyon ;

M. Stéfani demande à la cour :

1) d'annuler le jugement du 2 février 1989 par lequel le tribunal administratif de Marseille a rejeté sa demande tendant à ce que l'État soit condamné à lui verser la somme de 800.000 francs majorée des intérêts, en réparation du préjudice par lui subi du fait de sa tentative de suicide du 7 avril 1984, alors qu'il effectuait son service militaire,

2) de condamner l'État à lui verser la somme de 800.000 francs majorée des intérêts calculés à compter du 14 avril 1985,

3) subsidiairement, d'ordonner une expertise médicale ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu le code du service national ;

Vu le code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel ;  
Vu la loi n° 87-1127 du 31 décembre 1987 ;

Les parties ayant été régulièrement averties du jour de l'audience ;

Après avoir entendu au cours de l'audience du 2 octobre 1990 :

- le rapport de M. Chavrier, conseiller ;
- les observations de Me Baverez, avocat de M. Stéfani ;
- et les conclusions de M. Richer, commissaire du gouvernement ;

Considérant que M. Stéfani expose que le 7 avril 1984, alors qu'il était affecté au 159<sup>ème</sup> régiment d'infanterie alpine en qualité d'appelé du contingent, il a tenté de se suicider en se tirant une balle dans le ventre ; qu'il demande réparation à l'État du préjudice que lui a causé cette blessure ;

Sur la responsabilité :

Considérant que les appelés du contingent effectuant leur service militaire qui subissent, dans l'accomplissement de leurs obligations, un préjudice corporel, sont fondés, ainsi que leurs ayants droit, et en l'absence même de toute faute de la collectivité publique, à en obtenir réparation dès lors que, conformément à l'article L. 62 du code du service national, le forfait de la pension des militaires ne leur est pas opposable ;

Considérant qu'il résulte de l'instruction que M. Stéfani s'est blessé avec l'arme de service dont il était doté alors qu'il était affecté à la garde de l'armurerie du dépôt de mobilisation de son régiment ; que sa blessure est, dès lors, imputable à l'accomplissement de ses obligations militaires ; qu'il est, en conséquence, en droit d'obtenir de l'État réparation des dommages corporels qui en sont résultés ; qu'il s'ensuit qu'il est fondé à soutenir que c'est à tort que, par le jugement attaqué, le tribunal administratif de Marseille a rejeté sa demande ;

Sur le préjudice :

Considérant que l'état de l'instruction ne permet pas à la cour d'évaluer le montant du préjudice de M. Stéfani ; qu'il y a lieu, dès lors, d'ordonner, aux frais avancés par l'État, une expertise médicale par un seul expert qui aura pour mission :

- d'examiner M. Stéfani et de prendre connaissance de son dossier médical,
- de décrire sa blessure ainsi que les soins et interventions qu'elle a nécessités,
- de donner son avis sur les souffrances qu'a endurées M. Stéfani et sur le préjudice esthétique et le cas échéant d'agrément qu'il subit du fait des conséquences de cette blessure,

- de préciser la durée de l'incapacité temporaire totale et le taux de l'incapacité permanente partielle dont reste atteint le requérant ; l'expert précisera le cas échéant dans quelle proportion cette incapacité est aggravée par les troubles psychologiques dont souffrait M. Stéfani avant sa tentative de suicide ;

- d'une façon générale, de fournir toutes indications relevant de ses compétences et pouvant présenter une utilité pour l'évaluation du préjudice à réparer ;

Article 1er : Le jugement du tribunal administratif de Marseille du 2 février 1989 est annulé.

Article 2 : L'État est déclaré responsable du préjudice subi par M. Stéfani à la suite de sa tentative de suicide du 7 avril 1984.

Article 3 : Il sera, avant de statuer sur le montant de l'indemnité due à M. Stéfani, procédé à une expertise contradictoire par un seul expert dont la mission est définie dans les motifs du présent arrêt.

Article 4 : L'expert prêtera serment par écrit. Il déposera son rapport au greffe de la cour en trois exemplaires dans le délai de trois mois suivant sa prestation de serment.

Article 5 : Les frais d'expertise seront avancés par l'État.

R.R.J. 1992-2  
Pages 555 à 570

- VII -

**ACTUALITÉS DOCTRINALES**



# "AUX CONFINS DU DROIT. ANTHROPOLOGIE JURIDIQUE DE LA MODERNITÉ"

Par

Norbert ROULAND

Éditions Odile Jacob - Sciences humaines - 1991, 318 pages

Présentation par Emmanuel PUTMAN

*Professeur à la Faculté de Droit de la Réunion*

Les confins sont d'autres rivages... Confins du droit moderne des sociétés occidentales, étatique, dur, précis, formel ; du droit droit. Rivages d'un droit post-moderne inspiré des sociétés traditionnelles. Droit supra et infra-étatique : droit des peuples au-dessus de l'État, droit des minorités au sein de l'État. Droit mou, plus indicatif que prescriptif, droit flou, avec ses standards et ses lois-programmes ; droit informel, aux justices alternatives, médiatrices, conciliatrices : droit flexible, reposant moins sur la contrainte que sur l'ordre négocié. Droit par dessus tout pluraliste. Au "tombeau de Kelsen" sur lequel se ferme ce livre, guère de fleurs jetées. Le droit vertical, érigé en une hiérarchie des normes, était un, et peut-être indivisible. Le droit horizontal, avec ses modèles de comportements coexistants, ses modes parallèles de résolution des conflits, est plural, parce que le monde est pluriculturel. Puisqu'une société se compose de multiples groupes plus ou moins autonomes, le droit étatique n'est plus seul : les groupes sociaux secondaires engendrent aussi des droits. Le pluralisme anthropologique doit se traduire par un pluralisme juridique. Le droit juridique d'hier se voulait moniste ; le droit sociologique de demain sera pluraliste ou ne sera pas.

La cause défendue par Norbert Rouland est plus d'une fois séduisante. Ainsi lorsque l'observation des sociétés traditionnelles le conduit à une réhabilitation inattendue des fictions juridiques. À l'obsession de la vérité biologique, il oppose ce proverbe du Burkina : "c'est la parole qui fait la filiation, c'est la parole qui la retire". Il faut prêter attention à la signification que l'auteur attribue aux "mariages entre femmes" des Nuers du Soudan permettant à une femme stérile d'exercer l'autorité parentale sur les enfants qu'une autre a de géniteurs mâles. Il serait facile aux partisans de la maternité de substitution d'en déduire que des sociétés traditionnelles connaissent "à leur manière" la location d'utérus. Norbert Rouland met l'accent sur la différence fondamentale entre l'attitude de ces sociétés et celle d'une partie de nos savants. Les sociétés traditionnelles humanisent la nature par la fiction qui lui fait subir une transformation symbolique. La science veut manipuler concrètement les mécanismes de reproduction. Aux inconditionnels du progrès technique, prêts à affirmer qu'il ne sert à rien de faire "symboliquement" mère celle qui ne peut l'être, alors qu'on peut la faire "vraiment", Norbert Rouland répond par cette phrase remarquable : "le droit est plus acte de jugement que constat de vérité". Du reste, entre la "gestatrix" et la "genitrix", qui est la "vraie" mère ? Nous sommes peu sûrs de la réponse. Car de quelle "vérité" parle-t-on ? Peut-on encore parler de "vérité" quand la nature a été manipulée ? Il vaut mieux juger... et interdire.

De nature, en son pénultième chapitre, Norbert Rouland nous parle aussi, et même de surnature. Si, reprenant les thèses du "contrat naturel" de Michel Serres, il plaide pour une nature sujet de droit là où nous ne voyons qu'autolimitation par

l'homme de ses droits sur la nature, l'important n'est pas cette divergence sur les fondements, mais bien l'accord, qui ne peut que se faire, sur le but à atteindre, la protection de la nature pour le bien-être de l'humanité, des "sept générations à venir" qu'invoque la poétique formule des Iroquois. Nous devons par ailleurs être sensibles aux comparaisons qu'établit Norbert Rouland entre les rapports des sociétés traditionnelles avec leurs morts, et les nôtres, caractérisés par un trop grand refus du sacré. Il y aurait à méditer sur le proverbe bambara ("il n'y a pas de remède à la mort, si ce n'est l'enfant") ou sur la distinction établie par les Tchaggas de Tanzanie entre les morts récents, "esprits supérieurs", ceux plus anciens "qui se détournent", et "les dispersés" qui ne sont plus qu'oubli...

En d'autres chapitres, ce foisonnement et brillant essai provoquera chez certains lecteurs un accord imparfait. Il est sûrement juste de reprocher à la doctrine occidentale des droits de l'homme d'avoir trop conçu ceux-ci comme des droits de l'individu face à l'État ; sûrement généreux de prôner leur élargissement aux droits des peuples et des minorités. Mais qu'est-ce qu'un peuple ? Qu'est-ce qu'une minorité ? On ne saurait reprocher à Norbert Rouland son absence de réponse à la première de ces questions, qui eût exigé un autre livre. En revanche, sa très juridique définition des minorités est passionnante. Selon lui, une minorité doit accéder à la vie du droit dès qu'elle est suffisamment institutionnalisée, dotée d'une organisation et de représentations, même si son existence n'est pas reconnue par la loi. On croit voir là un avatar de la théorie de la réalité des personnes morales. Les minorités, personnes morales potentielles ? Voilà qui mérite attention, sauf à formuler trois réserves. La première est technique : le degré d'organisation à partir duquel une minorité acquiert droit de cité reste à déterminer, rapp. Paris 20 déc. 1976, D. 1978, 373, note Agostini (refus du droit d'ester en justice à une tribu mélanésienne présentant une unité religieuse mais dépourvue de chefferie structurée). La deuxième est politique. Si l'on définit la minorité comme une organisation exprimant un intérêt, il serait excessivement dangereux de ne pas réserver à l'État l'appréciation de sa légitimité. D'où une autre observation. Il est devenu à la mode de considérer comme du droit -de "l'infra-droit"- les règles gouvernant des "sociétés" telles la Mafia, les détenus dans les prisons, les "taggers"... Mais qu'est-ce que cette "underground law", sinon une manière pour les hors-la-loi d'imiter, entre eux, le droit qu'ils combattent dans leurs rapports avec l'autorité ? En somme on ne devrait pas y avoir un pluralisme juridique mais bien le paradoxal triomphe de l'unité du droit : les groupes qui nient la loi dans leurs relations extérieures sont obligés de la faire "à usage interne" pour survivre. De là à opposer leurs règles à la société globale, il y a un pas, que Norbert Rouland se garde d'ailleurs de franchir. L'anti-droit a tout au plus un effet relatif entre ceux qui y adhèrent. Refuser de l'opposer aux autres, ce n'est pas du monisme : c'est du bon sens.

Des confins du droit, nous voici arrivés au cœur du livre. Il est tout entier un vibrant plaidoyer pour le pluralisme juridique. Point d'orgue : le chapitre IV, intitulé "le droit au pluriel". Il amène un nouveau problème de définition : tout droit au pluriel est-il du pluralisme juridique ? Tout droit "plural" est-il pluraliste ? Qu'est-ce que le pluralisme juridique ? On peut, nous semble-t-il, en adopter une notion plus ou moins large.

Dans certaines situations, le pluriel du droit ne signifie pas le pluralisme juridique. Contrairement à ce qu'on dit et lit parfois, le législateur français n'a pas instauré de pluralisme juridique lorsqu'il a proposé aux époux des gammes diversifiées de régimes matrimoniaux ou de divorces possibles, aux associés le choix entre plusieurs formes de sociétés commerciales, ou plusieurs espèces de valeurs mobilières. Il ne s'agit jamais que de choisir "un" régime. Le changement possible de régime matrimonial ou de forme sociétaire, les "passerelles" entre divorces

n'empêchent pas la catégorie choisie d'avoir vocation à régir seule, pendant un temps donné, une situation donnée. Et surtout les mariés, les divorçants, les fondateurs de sociétés, les épargnants, ne constituent pas des groupes sociaux autonomes.

Car voici le pluralisme juridique selon Norbert Rouland. Il apparaît lorsque des groupes sociaux secondaires créent des règles propres, coexistant avec le droit d'État. Le même individu appliquera le droit officiel dans ses rapports avec l'autorité publique, et le droit officieux avec les membres de son groupe. L'idéal étant que -au prix d'un certain recul de l'État- cette coexistence ne soit pas belliqueuse mais pacifique, que les "infra-droits" cessent de circuler sous le manteau du droit légiféré et reçoivent au grand jour leurs lettres de noblesse. Qu'ils cessent d'être, pour paraphraser un mot du Doyen Carbonnier, du "droit de fait", que ces droits soient "de droit" au même titre que la loi d'État.

Se séparant de l'auteur, on serait enclin à préférer une notion un peu plus étroite du pluralisme, dont on tentera de s'approcher par l'exemple.

Les règles déontologiques sont-elles une illustration du pluralisme juridique ? À notre avis : non et oui. Non, car la compétence des ordres à "dire" l'éthique professionnelle demeure attribuée par l'État, qui peut retirer cette légitimité déléguée, Cf. Aix 8 janv. 1985, Rev. trim. dr. civ. 1986, 413, obs. Perrot (déniant toute force de droit à l'usage, pour l'avocat du demandeur, de déposer lui-même au greffe la constitution d'avocat du défendeur). Oui, dans la mesure où certains devoirs professionnels n'ont qu'un effet relatif aux membres du groupe professionnel et sont inopposables en dehors du groupe, en ce sens Civ. I 5 nov. 1991, JCP 1992, I, 3570, obs. Fabre-Magnan, à paraître in Rev. trim. dr. civ., avec les obs. J. Mestre ("Les règles de déontologie, dont l'objet est de fixer les devoirs des membres de la profession (...) n'entraînent pas à elles seules la nullité des contrats conclus en infraction à leurs dispositions").

Y-a-t-il pluralisme quand un État du Tiers-Monde se donne un Code à l'occidentale alors que la population continue à appliquer le droit coutumier ? À notre avis, oui et non. Oui lorsque, comme le relève Norbert Rouland, l'on s'accommode en principe de la loi de l'État et l'on s'arrange en fait avec la loi du village. Non, parce que ce ne sont pas des groupes secondaires, c'est l'ensemble de la société civile qui demeure fidèle à la coutume-mère. Le Code importé connaît une crise d'effectivité : il n'est que "paper law". La société perçoit l'application du droit traditionnel comme moniste : c'est lui le "vrai droit". D'où les politiques "d'authenticité" au nom révélateur, consistant à injecter de la coutume dans le Code, comme a fait le Zaïre (avec quels résultats, c'est une autre histoire...).

Y-a-t-il pluralisme quand un État se construit un "droit mixte" composé d'éléments empruntés à des systèmes juridiques d'inspiration différentes ? Non. Ce sont des expériences législatives plus ou moins heureuses, relevant quelquefois plus du collage que de la mixité. Mais c'est toujours un seul droit pour tous les citoyens.

Y-a-t-il pluralisme quand une minorité ethnique, culturelle ou religieuse applique son droit traditionnel (issu d'un Livre sacré par exemple) dans ses rapports "intragroupe" tout en se soumettant extérieurement au droit étatique ? Oui, et il arrive que l'État l'admette, ainsi l'île Maurice où depuis décembre 1990 un "Bill" d'amendement au Code civil permet aux prêtres musulmans de célébrer des "mariages religieux à effet civil".

Comme il y a "plus d'une définition dans la maison du droit" (Carbonnier) il y a sans doute plus d'une définition du pluralisme juridique ; au lecteur d'adopter l'une ou l'autre. L'ouvrage de Norbert Rouland nous enseigne aussi qu'il y a plus d'une définition des fins du droit, et nous apprend à nous méfier des symboles : les mêmes images n'ont pas partout la même signification. Quand il y a litige, les Toradja disent qu'il faut "redresser ce qui est courbé". Cela signifie-t-il qu'il faut dire

le droit, au sens pour nous habituel, en d'autres termes rendre une sentence juste, ou plutôt qu'il faut apaiser le conflit ? La mission pacificatrice du droit ne consiste pas forcément à rendre à chacun ce qui lui revient. Les travaux antérieurs de Norbert Rouland nous ont rendu familiers des compétitions de chant des esquimaux du Groënland, mode de solution des différends où l'emporte le meilleur chanteur, qui n'a pas toujours le bon droit. Entre l'art du juste et l'art du chant, laissons encore le lecteur établir sa préférence...

... Et s'il fallait dire la nôtre, c'est à un autre symbole que nous le rattacherions : celui des "horoi". On sait que ces bornes plantées dans la terre étaient, en Grèce antique, à la fois une manière de délimiter la propriété de chacun et de la grever de sûretés : elles furent un mode archaïque de publicité foncière. Et si le droit était cela : un tracé de limites, une limite, un signe de ne pas aller plus loin, de ne pas aller trop loin ? Que le même geste trace des limites, donne des droits, et en atteste aux yeux des tiers, c'est, nous semble-t-il, toute l'œuvre du droit qui s'accomplit. Norbert Rouland nous rappelle que les limites étaient placées sous la protection, non de n'importe quel dieu, mais de Zeus. C'est que faire respecter des limites est fonction éminente, et non subalterne. "Aux confins du droit" ? Mais c'est le droit lui-même, peut-être, qui est, essentiellement, un gardien de confins.

## INTRODUCTION HISTORIQUE AU DROIT PÉNAL

Par Jean-Marie CARBASSE  
Paris, P.U.F., 1990, 356 pages

Presentation par  
Jean-Louis MESTRE  
*Professeur à la Faculté de Droit d'Aix-en-Provence*

Spécialiste de l'histoire de la justice pénale, à laquelle il a consacré sa thèse (1) et de nombreux articles, J.-M. Carbasse a rédigé une remarquable *Introduction historique au droit pénal*, qui a paru aux P.U.F. dans la collection "Droit fondamental", dirigée par Stéphane Rials.

L'auteur a pris l'expression "droit pénal" au sens large, comme englobant les différents aspects du "système conciliatoire et/ou répressif" des périodes étudiées. Celles-ci s'étendent de l'Antiquité romaine jusqu'à "la naissance du droit pénal contemporain" de 1789 à 1810. Certes, J.-M. Carbasse avertit modestement qu'il ne s'attachera qu'"aux grandes lignes de l'évolution générale". Mais, la richesse de la documentation qu'il a réunie et étudiée lui a permis à la fois de dégager ces traits fondamentaux et d'illustrer son texte de multiples citations et exemples significatifs. Ce texte est également nourri par l'apport d'autres disciplines, dont en premier lieu l'anthropologie, domaine de prédilection de notre collègue Norbert Rouland. Enfin, les références et les commentaires des rubriques "Pour aller plus loin" mettent à la disposition des lecteurs un très vaste éventail bibliographique, qui dépasse le cadre purement français, auquel il convient d'ajouter l'ouvrage d'Antoine Leca, *L'esprit du droit corse d'après le plus ancien code insulaire : les statuts de San Colombano de 1348* (Ajaccio, La Marge Édition, 1989, pp. 47-69).

Les développements suivent l'ordre chronologique, la première partie allant "de l'époque romaine aux temps féodaux" (2). Le droit pénal romain fait l'objet d'une synthèse très claire (pp. 21-61), malgré la complexité de la matière, qui tient au pragmatisme de ce droit, à la distinction des délits privés et des délits publics et à l'hétérogénéité des peines. Se trouve résumée en quelques pages une évolution de plus de douze siècles, de la loi des XII Tables, dans laquelle ne subsistent plus que quelques survivances de responsabilité objective, jusqu'aux compilations justiniennes, marquées par l'aggravation de la répression. À plusieurs reprises, l'auteur cite, pour mieux faire saisir son propos, un article du Code pénal actuel : l'art. 299, à propos de la définition du parricide (p. 43) ; l'art. 94, à propos de celle du complot (p. 44). L'auteur rapproche aussi les dispositions de la *Lex Cornelia de sicariis et veneficiis* de l'édit de juillet 1682 consécutif à l'affaire des poisons : dans les deux cas, sont punissables non seulement le fait d'administrer à autrui des

(1) *Consulats méridionaux et justice criminelle*, Thèse, Droit, Montpellier, 1974.

(2) Les anciens droits orientaux et grecs ne sont pas évoqués, mais on trouve une utile mise au point sur le problème du talion (pp. 16-17) et une présentation de l'influence des conceptions des philosophes grecs (pp. 59-60), avec évidemment des renvois bibliographiques.

substances vénéneuses, mais encore celui d'en préparer, et ce, pour réagir contre une "mode des empoisonnements" qui a sévi au temps de Sylla comme sous le règne de Louis XIV (p. 42).

On regrette simplement que l'auteur n'ait pas disposé de plus de place pour procéder à d'autres comparaisons entre les justices pénales romaine et contemporaine. Ainsi, à propos de la fameuse peine consistant à devoir payer le quadruple de la valeur de l'objet volé, peine qui est infligée au voleur pris en flagrant délit (p. 51), on peut faire le rapprochement avec la jurisprudence relative à la répression du vol dans les grands magasins. Les directeurs de certains établissements font verser, par les personnes surprises en flagrant délit, des sommes proportionnelles à la valeur des marchandises dérobées, en leur promettant de ne pas porter plainte et de leur éviter ainsi des poursuites pénales. Dans une affaire portée finalement devant la Cour de Poitiers en 1973, c'était le quadruple du prix de la chose dérobée qui avait été le plus souvent réclamé : quatorze fois sur vingt et une (3).

Autres synthèses brèves, mais toujours aussi bien conçues, celles consacrées au "système pénal du royaume franc" (pp. 63-79) et à "la justice des seigneurs" (pp. 79-104), qui précèdent le coeur de l'ouvrage, la longue partie qui porte sur le droit pénal de l'Ancien Régime du XIII<sup>e</sup> au XVIII<sup>e</sup> siècle (pp. 105-300).

Il est évidemment impossible de citer tous les thèmes qui s'y trouvent traités, avec une incontestable érudition et une grande finesse d'analyse. Voici simplement quelques points qui attirent particulièrement l'attention, tel le développement de "la procédure d'office" (pp. 132-135, 161-162).

On connaît l'opinion d'Adhémar Esmein, devenue classique, selon laquelle c'est l'influence du droit canonique qui a entraîné le remplacement, devant les tribunaux laïques, de la procédure accusatoire par la procédure inquisitoire. S'appuyant sur ses propres recherches, J.-M. Carbasse montre que l'évolution a été plus complexe. Retrouvée dans les textes romains, la procédure d'office a d'abord réapparu dans les villes italiennes et provençales au cours du XII<sup>e</sup> siècle, en même temps que l'Église l'adoptait. Elle s'est ensuite développée, au XIII<sup>e</sup> siècle, dans le Languedoc et dans les provinces voisines de celui-ci. Elle y devint la procédure ordinaire, le recours à la procédure accusatoire devenant exceptionnel. En revanche, le Sud-Ouest atlantique et pyrénéen resta favorable à celle-ci, ainsi que les pays de coutumes. La procédure inquisitoire ne s'y imposera qu'au XIV<sup>e</sup> siècle, et ce, encore seulement devant les juridictions royales.

J.-M. Carbasse fait ensuite remarquer que l'expression, traditionnellement employée, de "théorie des preuves légales" est peu satisfaisante : "en réalité, il n'y a ici aucune loi formelle, mais seulement l'opinion unanime des docteurs". Il propose de parler d'une "théorie des preuves objectives", car le système alors en vigueur écartait toute subjectivité de la part des juges, qui ne devaient pas se fier -et ce, dans l'intérêt des inculpés, pensait-on alors- à ce que l'on a appelé plus tard "l'intime conviction" (p. 139).

S'appuyant sur la récente thèse de Claude Gauvard (4), J.-M. Carbasse précise que l'on a très fortement surestimé le recours à la torture à la fin du XIV<sup>e</sup> siècle, à partir d'une lecture sommaire du registre du Châtelet de Paris de 1389-1392. Édité sous le Second Empire, ce document a été très souvent considéré comme une source très fiable. Or, il est désormais établi que le greffier n'a consigné que les affaires les plus graves, c'est-à-dire celles susceptibles d'entraîner l'application de la question, ce qui fausse toute statistique. Pour la même époque, certaines sources méridionales -

(3) 22 juin 1973, *D.S.*, 1974, p. 693, n. Pradel et Alaphilippe.

(4) *Violence et criminalité en France à la fin du Moyen-Age*, Thèse. Lettres, Paris I, 1989. Une partie de cette étude vient de paraître : *"De grace especial". Crime, Etat et société en France à la fin du Moyen-Age*, Publications de la Sorbonne, 1991.

celles des juridictions municipales- ne font quasiment pas allusion à la torture et des documents postérieurs confirment le caractère limité du recours à cette pratique cruelle, inspirée par le droit romain : d'après le registre des écrous du Châtelet, sur les 600 prisonniers de l'année 1480, seulement une vingtaine ont été soumis à la question. Même au XVI<sup>e</sup> siècle, époque d'une extrême rigueur en matière criminelle, la question n'était imposée, par le Parlement de Paris, que dans moins de 20 % des cas, selon les chiffres établis par Bernard Schnapper (pp. 141-144).

Se fondant toujours sur des études récentes, rédigées à partir de dépouillements d'archives trop longtemps négligées, J.-M. Carbasse est également en mesure d'affirmer que l'on a beaucoup surestimé les méfaits de l'Inquisition : sur 930 cathares soumis aux interrogatoires de Bernard Gui, seulement 42 ont été abandonnés au bras séculier, c'est-à-dire à la justice royale, qui pouvait prononcer des peines de sang. Les inquisiteurs toulousains n'auraient même livré, d'après les travaux d'Yves Dossat, qu'un accusé sur cent (pp. 160-161, 208-209).

Un phénomène essentiel est souligné à plusieurs reprises : "les infractions judiciairement réprimées ne constituaient qu'une infime partie de la criminalité réelle" (spécialement pp. 207, 335-336). Cela tient bien sûr à la faiblesse de la police, mais aussi à la fréquence des transactions. Dans les villes de communes notamment, "l'idée subsiste qu'une querelle entre bourgeois doit s'achever par une réconciliation, sanctionnée par une *paix* en forme, négociée par des *paiseurs*" (pp. 103-104). La justice royale a lutté contre cette pratique des transactions, considérant qu'une infraction simplement "rachetée" n'était pas suffisamment réprimée, mais sans parvenir à l'éradiquer (pp. 161-162 et 213). Ajoutons encore le grand nombre des jugements par contumace : 324 des 347 condamnations à mort prononcées en 1665 par les Grands Jours d'Auvergne ont été exécutées en effigie (p. 215).

En ce qui concerne les pouvoirs des juges, J.-M. Carbasse relève que "la limite essentielle de l'arbitraire des juges de l'Ancien Régime n'était pas jurisprudentielle, elle était tout simplement morale... Serviteur de la justice, le juge avait l'impérieux devoir de rechercher la sanction la plus juste, c'est-à-dire à la fois la plus proportionnée au délit et la plus adaptée au délinquant. Jusqu'à la fin de l'Ancien Régime, cette exigence essentielle est rapportée avec force par tous les commentateurs". Et certains d'entre eux, tels Duret et Bruneau, de comparer le juge à un médecin, devant adapter son traitement à la gravité du mal (5). Ils n'allaient pas toutefois "jusqu'à assimiler le délinquant à un malade". D'ailleurs, le souci de l'amendement du criminel n'apparaîtra dans le droit laïque, contrairement au droit canonique, que très tardivement (pp. 175-176). Mais, l'idée qu'il fallait proportionner les peines aux infractions n'était pas propre, comme on l'a souvent affirmé, aux auteurs réformateurs du XVIII<sup>e</sup> siècle : Bruneau, Jousse, Muyart de Vouglans emploient eux aussi le mot "proportion" ou le verbe "proportionner" (p. 177).

Parmi les éléments dont tenait compte le juge, intervenait la qualité de noble ou de roturier de l'inculpé. Cette inégalité de traitement en fonction de la condition sociale a été dénoncée par les réformateurs du XVIII<sup>e</sup> siècle, qui ont souligné, à juste titre, son caractère injuste. Mais, J.-M. Carbasse montre qu'à l'origine, au Moyen-Âge, la qualité de noble constituait une circonstance aggravante : compte tenu de sa

(5) Un bref développement est consacré aux "origines de la médecine légale" (p. 298). En particulier, est relevé le fait que l'expertise immédiate du blessé par un chirurgien peut présenter un grand avantage pour l'auteur des blessures : dès 1330, Pierre Jamme assure que "si les chirurgiens constatent que les blessures ne sont pas mortelles, si cependant le blessé meurt peu après, on présumera qu'il est mort d'autre chose", alors que traditionnellement, on rendait l'auteur des blessures responsable du décès de sa victime, dès lors que ce décès avait lieu dans les quarante jours suivant l'agression. Cette "règle des quarante jours", critiquée au XVIII<sup>e</sup> siècle, a laissé une trace dans l'actuel Code pénal : l'art. 316 vise le cas de la castration ayant entraîné la mort "avant l'expiration des quarante jours qui auront suivi le crime".

place éminente dans la société, celui-ci encourait une peine plus lourde. C'est sous l'influence du droit romain que s'est produit un revirement en faveur de la noblesse, celle-ci devenant une circonstance atténuante. Il est vrai qu'entre temps les juristes s'étaient vus attribuer la qualité de "chevaliers-ès lois", ce qui n'avait pu que les inciter à modifier leur opinion (p. 196). Toutefois, encore à la fin de l'Ancien Régime, le gentilhomme reconnu coupable d'un crime très grave pouvait être privé de sa noblesse et pendu comme un roturier, au lieu d'être décapité (p. 223). Dans son théâtre, Corneille, qui a été plus de vingt ans avocat du roi, rappelle, de façon concordante, que la qualité de noble se perd par le vice (*Le menteur*, acte V, scène 3).

Les diverses fonctions des peines infligées aux condamnés sont analysées clairement (pp. 205-217) : "expiation du forfait commis, satisfaction du corps social, prévention générale, prévention spéciale". Le souci de l'exemplarité de la peine se traduit par "le spectacle pénal" : "La sanction pénale est d'abord *donnée à voir*". Cette préoccupation est l'une des raisons qui expliquent les procès publics faits à des animaux, mais ce n'est pas la seule. Il faut tenir compte de l'opinion de saint Augustin, reprise par Gratien : si l'on met à mort les animaux, "ce n'est pas parce qu'ils ont eu conscience du péché ; c'est seulement parce qu'ils perpétuent le souvenir du méfait". De la sorte, est justifiée "la vieille exigence des mentalités archaïques, selon laquelle tout être vivant qui a provoqué la mort d'un homme doit être mis à mort" (pp. 215-217).

Les diverses infractions sont classées en fonction de leur objet, et non selon les classifications doctrinales anciennes, qui sont brièvement rappelées aux pages 251-253. Parmi les crimes contre l'État et la religion, sont incluses les atteintes à "l'ordre moral", dont l'adultère, la bigamie, le viol, le rapt et les "crimes contre nature" (pp. 253-272). Viennent ensuite les crimes contre les personnes (pp. 272-281) et ceux commis contre les biens (pp. 282-293). C'est à propos du vol qu'est évoquée la célèbre excuse de nécessité, dérivée de la doctrine canonique, selon laquelle celui qui s'empare pour survivre du bien d'autrui ne doit pas être puni. J.-M. Carbasse souligne qu'à l'origine, dans l'adage "Nécessité n'a point de loi", le mot "loi" avait le sens archaïque d'"amende" (pp. 290-292).

En conclusion, est présentée "la naissance du droit pénal contemporain" (pp. 300-339). Le XVIII<sup>e</sup> siècle est qualifié de "siècle des réformes", même si le souci de la "réformation" de la justice avait été constant depuis le Moyen-Age, tout au moins de la part du pouvoir monarchique. Il est incontestable que le débat est alors porté devant "l'opinion publique" (6) et qu'il prend une ampleur considérable. Mais, J.-M. Carbasse insiste sur la chronologie, pour bien montrer que dès les années 1740-1750, les parlementaires, lecteurs de Montesquieu, "sensibles à l'esprit du temps", ont modifié leurs jurisprudences dans un sens plus favorable aux inculpés, ne recourant plus que rarement à la torture et modérant les supplices, avant que ne s'accroisse, dans les années 1760, les critiques contre les archaïsmes de la justice pénale et que ne se développent les réformes, sous le règne de Louis XVI et surtout sous la Révolution.

Pour qualifier la justice pénale révolutionnaire, J.-M. Carbasse emprunte le titre d'un ouvrage paru sous la direction de Robert Badinter : "Une autre Justice" (7). Il résume l'apport de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen du 26 août

(6) Laquelle vient précisément d'être étudiée à partir d'archives judiciaires (Arlette Farge, *Dire et mal dire. L'opinion publique au XVIII<sup>e</sup> siècle*, Paris, Seuil, 1992).

(7) *Une autre Justice. 1789-1799. Etudes publiées sous la direction de Robert Badinter*, Paris, Fayard, 1989. Cet ouvrage traite également des justices civile et administrative. Sur cette dernière, il conviendrait d'ajouter le numéro spécial de la *Revue française de droit administratif* consacré à la loi des 16-24 août 1790 (1990, 5) et notre article : "La signification de la loi des 7-14 octobre 1790 d'après les documents inédits" (*Etudes et documents du Conseil d'Etat*, 1992).

1789, auquel il avait déjà consacré une étude plus détaillée (8), en montre les applications et aussi les violations en matière politique (pp. 314-329). Aux références données aux pages 337-338, il convient d'ajouter l'intéressant article de Marc Pena qui présente "Les droits de la défense dans le Code des délits et des peines de Brumaire an IV (25 octobre 1795)" (9).

Enfin, est souligné le caractère essentiel du Code d'Instruction criminelle de 1808 et du Code pénal de 1810, celui d'être des "œuvres de transaction" entre les traditions de l'Ancien Régime et les acquis de la Révolution (pp. 329-333). Quelques ultimes phrases dégagent l'évolution postérieure à la législation impériale, pour replacer dans la longue durée les problèmes actuels du droit pénal français (pp. 333-335). Fidèle à la tradition, J.-M. Carbasse se refuse à empiéter sur le domaine des pénalistes. Mais, on peut penser que ceux-ci, qui ont à leur disposition, avec cet ouvrage, une belle moisson d'informations seront plus tard satisfaits de trouver dans un second tome une étude aussi bien menée de l'évolution postérieure à 1810. En attendant, divers articles de Bernard Schnapper, regroupés sous le titre "*Voies nouvelles en histoire du droit. La justice, la famille, la répression pénale (XVIème-XXème siècles)*" leur fourniront des éléments très précieux (10).

---

(8) "Le droit pénal dans la déclaration des droits", *Droits. Revue française de théorie juridique*, n° 8, *La déclaration de 1789*, 1988, pp. 123-134.

(9) *Cette revue*, 1990-2, pp. 349-387.

(10) P.U.F., collection "Publications de la Faculté de Droit et des Sciences sociales de Poitiers", n° 18, 1991, 680 pages.



KARL RENNERS BRIEFE AUS SAINT GERMAIN UND IHRE  
RECHTSPOLITISCHEN FOLGEN  
(LES LETTRES ÉCRITES PAR KARL RENNER DE SAINT  
GERMAIN ET LEURS CONSÉQUENCES JURIDICO-  
POLITIQUES)

Par

Georg SCHMITZ

Schriftenreihe des Hans Kelsen-Instituts, Manz Verlag Wien 1991, 8°, X,  
234 pages.

Présentation par

Otto PFERSMANN

Nous devons à Georg Schmitz plusieurs études sur la difficile genèse de la Constitution fédérale autrichienne de 1920. Après une analyse des avant-projets de Kelsen (1) et une autre sur les négociations avec les futurs États fédérés (2), Schmitz nous éclaire aujourd'hui sur un élément particulièrement difficile à apprécier dans cette période trouble et décisive : l'apport du chancelier d'État Karl Renner, chef du gouvernement et de l'aile modérée du parti social-démocrate. Ce juriste portait le plus grand intérêt aux questions constitutionnelles. Il s'était de longue date intéressé au problème d'une possible refonte institutionnelle de la Double monarchie et c'est lui qui, au moment du démembrement de l'Empire et de la proclamation de la république, formula le projet de constitution provisoire adopté par l'Assemblée provisoire. C'est lui, aussi, qui appela Hans Kelsen comme consultant dans l'équipe du département chargé de préparer les travaux des constituants. Peu après, il doit se rendre à Saint-Germain-en-Laye pour négocier le traité d'État qui impose à l'Autriche ses frontières, son indépendance (interdiction de l'Anschluß), une limitation de ses forces armées ainsi que des clauses de respect des minorités et de liberté des cultes. La délégation autrichienne est placée sous surveillance permanente et ne peut d'abord quitter les quelques villas qui ont été mises à sa disposition dans le village de la banlieue parisienne. Pendant son séjour en France — avec plusieurs interruptions du 14 mai au 10 septembre 1919 — Renner, peu habitué au loisir, échange une volumineuse correspondance avec sa chancellerie, avec le "département pour la législation et la réforme de l'administration" qu'il avait créé, avec des collègues du gouvernement de coalition ou avec des membres du parti social-démocrate. Ces lettres n'avaient pas été, jusqu'à présent, étudiées de manière systématique.

Cette correspondance constitue en quelque sorte le prétexte du nouvel ouvrage de Georg Schmitz. Mais à l'encontre de ce que le titre laisse entendre, c'est un tableau très complet des travaux préparatoires de la Constitution fédérale du 1er

---

(1) Georg Schmitz, *Die Vorentwürfe Hans Kelsens für die österreichische Bundesverfassung* (Les avant-projets de Hans Kelsen pour la Constitution fédérale autrichienne), Wien 1981.

(2) Georg Schmitz, "Die Verfassungsgespräche mit den österreichischen Ländern 1919/20" (Les négociations constitutionnelles avec les Länder autrichiens de 1919-1920), in *Zeitschrift für neuere Rechtsgeschichte*, (1979), p. 2140.

octobre 1920 que brosse l'auteur et où Renner n'est en fait qu'un des principaux personnages. Bien au-delà de ce qui se rattache à la correspondance proprement dite ainsi qu'à ses retombées politiques, on voit se dessiner avec beaucoup plus de précision qu'il n'était possible de le faire jusqu'à présent la succession de plusieurs étapes menant à la constitution fédéraliste. En particulier l'imbrication très compliquée entre les travaux de Renner, de son département de législation — en particulier de Kelsen — du secrétaire d'État (chrétien-social) Michael Mayr, des pressions des futurs États fédérés et de la commission des partenaires de la coalition gouvernementale apparaît sous un éclairage tout à fait nouveau.

D'autres développements sont dédiés aux relations professionnelles et personnelles entre le Chancelier et Kelsen. L'auteur va même jusqu'à faire état de documents inédits ou peu connus qui montrent Renner écrivant des lettres de recommandations pour aider son ancien collaborateur à obtenir une chaire de professeur à Cologne lorsque celui-ci voulait quitter l'Autriche après avoir été démis de ses fonctions de juge à la Cour constitutionnelle par la réforme constitutionnelle de 1929. En dehors de ces digressions toujours intéressantes, mais parfois un peu lointaines du sujet explicite de son ouvrage, Schmitz nous étonne surtout par la rigueur historique et philologique de sa documentation et de sa démonstration. Chaque personnage — et il y en a beaucoup — jouant le moindre rôle dans ce processus terriblement compliqué fait l'objet au moins d'une note biographique aussi succincte qu'informative. En dehors des extraits reproduits et analysés au fil des pages, plusieurs documents d'une importance particulière sont — à ma connaissance pour la première fois — reproduits en annexe.

La place que l'auteur accorde à ces textes est effectivement méritée. Il s'agit d'un premier projet de constitution, rédigé très probablement entre le 16 et le 30 octobre 1918 et attribué entièrement à Renner, de "Principes pour un programme politico-économique de la coalition" conçu aux alentours du mois de mai 1919 avec une très large contribution du Chancelier et enfin d'un deuxième projet de Renner, datant fort probablement du début du mois de juillet 1920. Ce dernier se situe, d'une part, entre un premier projet du parti social-démocrate, largement inspiré par un septième projet de Kelsen qui avait un peu fait le point des tractations politiques qui s'étaient déroulées jusque-là et qui avait en particulier intégré les résultats des négociations du chrétien-social Mayr avec les représentants des futurs *Länder* et, d'autre part, un deuxième projet social-démocrate, déposé au bureau de la Constituante le 7 juillet 1920.

De l'analyse de ces documents il ressort que Renner partait de la conception d'un État démocratique fortement décentralisé et où, d'emblée le niveau intermédiaire entre la commune et la province, "l'arrondissement" (*Kreis*), tenait une place privilégiée. Ce n'est que la sécession des entités non-allemandes de l'ancien Empire qui le fait, avec une étonnante flexibilité conceptuelle, encliner vers un État fédéral. Ce choix s'affirme de plus en plus nettement pour le pays que Renner appelle alors l'"Allemagne du Sud-Est" (*Südostdeutschland*), avant de le nommer "Autriche allemande" (*Deutschösterreich*) — dénomination que la jeune république s'était donnée elle-même et à laquelle elle dut renoncer ensuite sur ordre de l'Entente. Pourtant le Chancelier n'abandonnera jamais entièrement son idée d'une instance démocratique intermédiaire qui restera longtemps inscrite aux catalogues des revendications social-démocrates. C'est d'ailleurs l'un des points sur lesquels Kelsen se séparait le plus nettement de son Chancelier et de la ligne politique qui l'inspirait. Pour le chef de l'école de Vienne une démocratisation de l'administration au niveau de l'arrondissement — de la gestion des affaires par des magistrats élus et non par des fonctionnaires nommés par et subordonnés à la hiérarchie, cette dernière solution étant finalement retenue par la Constitution autrichienne — revenait à un

affaiblissement inacceptable de la démocratie parlementaire (3). Il est dommage que nous ne puissions en apprendre plus sur ces divergences à partir des documents analysés par l'auteur.

Une tournure parfaitement originale du fédéralisme de Renner est très bien mise en profil par Schmitz. Il s'agit de la composition prévue dans les premiers projets pour la chambre haute du parlement. Cette assemblée devait être constituée non seulement de délégués liés par un mandat impératif —des assemblées provinciales, mais encore de "conseils" des ouvriers, des paysans, des autres professions ainsi que de personnalités particulièrement méritoires. C'est ainsi que Renner tentait d'intégrer les velléités "soviétiques" qu'avait fait naître les républiques des conseils dans les pays voisins, en Hongrie et en Bavière. Il est intéressant de remarquer à quel point Renner soviétisant se rapproche ici de revendications qui seront plus tard celles de la droite corporatiste, avancées en 1929 puis en 1931 en se réclamant des encycliques papales *Rerum novarum* et *Quadragesimo anno*. Il n'est pas sans piquant de noter que des hommes politiques chrétiens-sociaux comme Seipel sont en 1919 entièrement opposés à de telles conceptions et qu'elles seront entièrement écartées de la Constitution de 1920.

Un dernier point fort des idées de Renner concerne la justice administrative que le Chancelier voulait voir répartie en deux instances —au niveau des *Länder* et au niveau de la Fédération— une idée qui n'a pas eu de succès, mais dont on pourrait dire qu'elle est réapparue ces dernières années avec l'introduction des Conseils indépendants du contentieux administratifs dans les *Länder* en vigueur depuis le premier janvier 1991 et dont certains réclament l'élargissement des attributions et le renforcement du statut pour en faire de véritables tribunaux administratifs de première instance.

Renner a sans aucun doute eu un rôle prépondérant dans le déclenchement de travaux sur la justice constitutionnelle dont l'aboutissement fait de la Constitution fédérale de 1920 une œuvre si originale. Dès la fin de 1918 il charge Kelsen d'un projet de loi pour l'organisation et les attributions d'une nouvelle Cour constitutionnelle. D'autre part les documents analysés par Schmitz n'y font qu'une seule allusion (il s'agit du droit de saisine de la Fédération contre une loi des *Länder* et des *Länder* contre une loi de la Fédération). Mais le contexte de cette remarque relève de la question de la répartition des compétences entre la Fédération et les États fédérés. Renner ne l'intègre guère dans une réflexion sur la justice constitutionnelle. La même idée apparaît d'ailleurs dans le projet de Falser, un représentant provincial. Toute la partie sur "Les garanties de la constitution et de l'administration" de la future Constitution fédérale est, à l'exception des notes sur la justice administrative, pratiquement absente des développements de Renner.

Les résultats des recherches de Georg Schmitz sont difficiles à apprécier. Il s'en dégage en tout cas la paradoxale impression que Renner n'a pratiquement pu sauver aucune de ses exigences favorites dans le texte définitif dont il s'est pourtant et souvent attribué la co-paternité exclusive avec Kelsen. Il lui revient à coup sûr d'avoir souvent été le premier à formuler des conceptions compréhensives et originales, même si l'on y perçoit une inspiration d'abord helvétique et britannique, puis de plus en plus weimarienne. Mais, chose curieuse chez cet homme d'État du consensus, ses conceptions n'ont que très rarement survécu à l'épreuve des négociations. Kelsen, en revanche, ne visait presque toujours qu'à traduire les idées

(3) Cf. Hans Kelsen, *Vom Wesen und Wert der Demokratie* (La démocratie, sa nature, sa valeur), in *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*, vol. 47, 1920, p. 50-85 et Tübingen 1920, nouvelle édition remaniée Tübingen, 1929 2, reprint : Aalen 1963 ; "Demokratisierung der Verwaltung" (Démocratisation de l'administration) in *Zeitschrift für Verwaltung*, 54, (1921), p. 5-15.

politiques des autres en langage juridique clair et précis et ce sont pourtant ses idées qu'ont la plupart du temps retenues les constituants.

Il était d'autant plus important de reconstituer le cheminement de cette pensée qui a si fortement stimulée le débat, même si elle reste absente des résultats qui ne seraient pourtant pas, sans elle, ce qu'ils sont devenus. Avec tout le mérite qui revient à Georg Schmitz d'avoir restitué dans toutes ses ramifications le riche trajet du Chancelier Renner, on peut parfois regretter une certaine obscurité dans l'articulation des différentes étapes où l'auteur se perd de temps à autres dans des détails sans qu'apparaisse en toute clarté la véritable visée de ses développements. On regrettera aussi l'absence d'un *index rerum* qui faciliterait considérablement la consultation d'un ouvrage touchant une si grande multitude de matières.

---

DÉPÔT LÉGAL 3ème Trimestre 1992





— Jean-Pierre FERRAND, L'exercice par un contribuable communal des actions appartenant à la commune (à propos du décret du 26 février 1992).

## **II - Droit constitutionnel comparé**

— Maurice-Pierre ROY, La Guinée à l'aube de l'État de droit. La loi fondamentale du 31 décembre 1990.

## **III - Philosophie et Méthodologie du droit**

— Mélina DOUCHY, La notion de non-droit.

## **IV - Philosophie politique**

— Christiane PEYRON-BONJAN, Philosophie de la formation et vie de la cité. Prolégomènes à la didactique.

— Christiane PEYRON-BONJAN, Leçons modernes de la période sophistique.

## **V - Histoire du droit**

— Marc PENA, Les origines historiques de l'article 6 du Code Civil.

— Antoine LECA, Les limites aux droits du Roi d'après les « Sermons... » du Père J. BOUCHER.

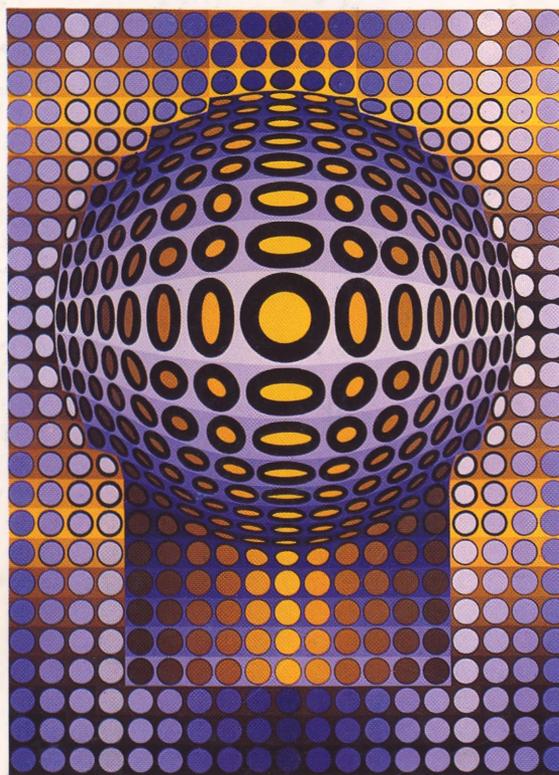
## **VI - Notes de jurisprudence**

— Alain BOYER, Les mises en demeure de l'article 42 de la loi relative à la liberté de communication : mesures préparatoires, mesures préalables, sanctions administratives (note sous Conseil d'État, 20 mars 1991).

— Lakhdar BOUMAZA, Le contentieux de la responsabilité administrative dans le cadre de l'accomplissement des obligations militaires d'un appelé du contingent : le cas d'un suicide (note sous Cour administrative d'appel de Lyon, 17 octobre 1990).

## **VII - Actualités doctrinales**

# DROIT PROSPECTIF



## TABLE DES MATIÈRES

- In memoriam : Henri MOREL

### I - Droit Constitutionnel et Science politique

— Maurice-Pierre ROY, Le Bénin : un modèle de sortie de dictature et de transition démocratique en Afrique noire.

— Pierre BRUNET, A travers les débats parlementaires : le concept de souveraineté entre différences et répétitions.

### II - Droit Juridictionnel

— Tanguy BARTHOUIL, Essai sur le pouvoir discrétionnaire des juges du fond en droit privé (suite).

*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**

**1992-3**

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

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

N. XVII - 50 (17ème année - 50e numéro)  
(4 Numéros par an)

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

## COMITÉ DE PATRONAGE

M. Paul AMSELEK	Professeur à l'Université de Paris II
M. le Doyen Jean-Marie AUBY	Professeur à l'Université de Bordeaux I Président honoraire 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 LAUBADÈRE (†)	
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 OPPELTT	Professeur à l'Université de Paris II
M. François TERRÉ	Professeur à l'Université de Paris II
M. André TUNC	Professeur à l'Université de Paris I
M. Marcel WALINE (+)	

\*..\*..\*

Rédacteur en Chef : Jean-Claude RICCI  
Pages de Philosophie du Droit : Alain SÉRIAUX  
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

#### COMITÉ SCIENTIFIQUE

J.-L. BERGEL  
D. BERRA  
F. BOULAN  
J. BOURDON  
J.-Y. CHEROT  
Y. DAUDET  
Ch. DEBBASCH  
Ph. DELEBECQUE

L. FAVOREU  
M. FLORY  
C. LOUIT  
J. MESTRE  
J.-L. MESTRE  
C. MOULY  
J.-Cl. RICCI  
A. SÉRIAUX

#### ÉQUIPE DE RÉDACTION

F. BOULAN  
L. FAVOREU  
M. GARCIN

J. MESTRE  
J.-L. MESTRE  
J.-Cl. RICCI

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

ABONNEMENT : 4 numéros par an - Tarif 1992

Abonnement de Soutien : 600 F  
Abonnement (France) : 400 F

Abonnement étranger : 450 F  
Numéro (France) : 110 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'UNIVERSITÉ  
12, Rue Nazareth - Aix-en-Provence

Sciences Juridiques, Économiques et Sociales

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

Cartes de Fidélité - Recherches Bibliographiques



# TABLE DES MATIÈRES

*In memoriam* : Henri MOREL ..... 581

## I - DROIT CONSTITUTIONNEL ET SCIENCE POLITIQUE

- Maurice-Pierre ROY, *Le Bénin, un modèle de sortie de dictature et de transition démocratique en Afrique Noire* ..... 585

- Pierre BRUNET, *À travers les débats parlementaires : le concept de souveraineté entre différences et répétitions* ..... 605

## II - DROIT JURIDICTIONNEL

- Tanguy BARTHOUIL, *Essai sur la notion de pouvoir discrétionnaire des juges du fond en droit privé (suite et fin)* ..... 619

## III - DROIT ADMINISTRATIF

- Éric OLIVA, *Contribution à l'étude du domaine : les biens départemento-domaniaux* ..... 655

## IV - ANTHROPOLOGIE ET ETHNOGRAPHIE JURIDIQUES

- Norbert ROULAND, *Les dimensions culturelles de la parenté* ..... 677

- Anne ENSMINGER, *Jules Renard familiographe : Poil de Carotte, ou de la puissance maternelle* ..... 695

## V - DROIT COMPARÉ

- Alphonse SOUMBOU, *La politique criminelle congolaise : un cas de droit mixte* ..... 743

- Mustafa FREIJ, *Bilan de la jurisprudence ivoirienne relative au droit applicable aux formes du mariage* ..... 767

- Pascale ALLOKE, *La remise en cause du concept de droit commun au quotidien par le processus de règlement des conflits à Niamey (Niger)* ..... 787

## **VI - HISTOIRE DU DROIT ET PHILOSOPHIE DU DROIT**

- Marc PENA, Jansénisme et Code civil..... 817

## **VII - MÉTHODOLOGIE**

- Louis FAVOREU, La préparation de la thèse dans le cadre d'un "Laboratoire de Recherche Juridique"  
L'expérience aixoise du Groupe d'études et de recherches sur la justice constitutionnelle ..... 835

## **VIII - VARIÉTÉS**

- Antoine LECA, Essai sur les origines du costume des docteurs agrégés des Facultés de Droit..... 845

## **IX - COMMENTAIRES D'ARRÊTS**

- Claude ROY-LOUSTAUNAU, Le double visage de la requalification du contrat dans le contrat de travail à durée déterminée : requalification-interprétation et requalification-sanction ..... 861

- Alain BOYER, Le film, la coupure et le juge  
(Note sous Conseil d'État, 26 juillet 1991, SA La Cinq c/CSA)..... 873

## **X - ACTUALITÉS DOCTRINALES**

- "Économie de la justice sociale - Repères éthiques du capitalisme" par Claude GAMEL  
(Présentation par Xavier Philippe et Emmanuel PUTMAN) ..... 883

## *In memoriam* : HENRI MOREL

(1920-1992)

C'est avec tristesse et avec émotion que la Faculté de Droit et de Science Politique d'Aix vient d'apprendre le décès brutal du Professeur émérite Henri Morel.

Après de brillantes études universitaires à Toulouse, en Droit et en Lettres, et une agrégation d'Histoire, Henri Morel fut nommé en 1953 chargé de cours de notre Faculté. L'accueil amical qu'il reçut de ses collègues, notamment de J. Macqueron, R. Aubenas et M.H. Fabre ainsi que les attraits de la cité du Roi René l'attachèrent définitivement à notre Faculté. Reçu premier à l'Agrégation d'Histoire du Droit en 1955 et après un bref passage à Rabat, il choisit notre Faculté où il a accompli sa carrière universitaire entre 1959 et 1988.

Universitaire éminent, cet éclectique a professé tous les cours d'Histoire du Droit. Dans son enseignement il a communiqué à des générations d'étudiants le goût pour l'Histoire des Institutions ou l'Histoire des Idées Politiques en leur faisant saisir que le champ institutionnel impliquait l'étude des idées politiques, ce moteur des actions humaines. Son intelligence brillante, sa finesse, sa vaste culture et sa parfaite objectivité attiraient les étudiants. Nombre d'entre eux sont d'ailleurs devenus par la suite Agrégés de Droit Public ou de Droit Privé. Chose étonnante, la presque totalité du corps professoral d'Histoire du Droit est composé de ses élèves ou de ses anciens étudiants.

Tout un faisceau de qualités humaines : sa modestie naturelle, sa courtoisie, son esprit de tolérance lui valurent le respect et l'amitié de ses collègues.

On retrouvait chez le chercheur dont la curiosité érudite était toujours en éveil, toutes les qualités de l'universitaire.

Ses disciples ne s'y trompèrent pas et organisèrent à la fin de sa carrière des Mélanges en l'honneur de cet Historien des institutions qui a assuré la promotion de l'Histoire des Idées Politiques et dont la notoriété était unanimement reconnue sur le plan national et international.

Devenu une autorité morale incontestable, Henri Morel accumula les marques d'honneur : Président du Département d'Histoire des Institutions durant 20 ans, membre du jury d'Agrégation d'Histoire du Droit à trois reprises, il présida ce jury en 1977, Président de l'Association Française des Historiens des Idées Politiques en 1980, enfin Président de l'Académie des Sciences, Agriculture, Arts et Belles-Lettres d'Aix en 1988.

Tout ces honneurs n'étaient que la juste récompense de ses qualités universitaires et de ses qualités humaines que tout le corps professoral se plaisait à lui reconnaître.

Avec le décès de ce maître de l'Université qui a laissé une empreinte puissante sur l'institution, la Faculté de Droit et de Science Politique d'Aix subit une lourde perte. Elle s'associe très sincèrement au deuil qui vient de frapper Madame Henri MOREL et ses enfants.

Michel GANZIN

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



R.R.J. 1992-3  
Pages 583 à 616

- I -

**DROIT CONSTITUTIONNEL  
ET SCIENCE POLITIQUE**



# LE BÉNIN :

## UN MODÈLE DE SORTIE DE DICTATURE ET DE TRANSITION DÉMOCRATIQUE EN AFRIQUE NOIRE

Par

Maurice-Pierre ROY  
*Professeur à la Faculté de Droit de Grenoble*

La vague de démocratisation qui avait pris son essor dans les années 1980 en Amérique Latine (Brésil - Argentine - Uruguay - Chili - Nicaragua) pour atteindre à la fin de la décennie l'Europe Centrale et Orientale s'est propagée au Sud du Sahara. Un séisme a secoué le continent et frappé les potentats africains.

Sans être exhaustif, deux facteurs ont favorisé cette mutation fondamentale du paysage politique africain : d'abord le contexte international et notamment l'évolution des pays de l'Est, d'autre part et surtout la crise économique et financière qui frappe tous les États africains sans exception depuis 1980.

- Le contexte international : La vague de démocratisation du continent est largement liée à la disparition de l'antagonisme Est-Ouest et au désengagement soviéto-cubain de l'Afrique. Au surplus nombre d'analystes ont, à juste titre, fait le rapprochement entre les mutations profondes intervenues en Europe de l'Est et la désintégration des dictatures africaines (1). La révolte du peuple Béninois n'est pas sans rappeler les manifestations de Prague et de Berlin.

L'effondrement des systèmes politiques de l'Europe de l'Est a effectivement atteint de plein fouet l'autorité de présidents qui les prenaient pour modèles.

Comme les peuples d'Europe occidentale, les africains ont été stupéfiés par la relative facilité avec laquelle les peuples des pays communistes ont mis fin aux dictatures totalitaires. Les événements ont montré que le pouvoir et le parti le plus puissant - réputé indestructibles - pouvaient s'effondrer quasi instantanément sous la pression populaire : "Nous avons assisté à la chute de Ceaucescu en Roumanie. Et nous avons été marqués par cette manière de voir un homme et son système s'écrouler" a pu souligner le Premier Ministre de transition du Bénin, M. Nicéphore Soglo (2).

---

(1) Cf. la remarquable analyse d'Alain Gandolfi : *La perestroïka et le tiers monde 1985-1991*, PUF, Paris 1992, plus particulièrement p. 145-176.

(2) Interview à *Jeune Afrique*, 18 déc. 1991.

La décomposition des partis communistes Est-européen a délégitimé le système de parti unique, en rendant caduques ses justifications au nom de l'unité de la nation et du développement : "L'autoritarisme du parti unique avait, pour ses zéloteurs, une justification : transformer les États en nations et avancer d'un pas plus assuré sur les voies du progrès. Or, que voit-on ? le régionalisme, le tribalisme sont toujours là et sur la voie du progrès l'Afrique avance à reculons. Autant dans ces conditions, essayer la démocratie : le résultat ne pourra être pire" (3). Les dictateurs militaires ne disposent plus - grâce au marxisme léninisme d'une orthodoxie confortable pour refouler les contestations et exiger l'obéissance au nom des lois de l'histoire.

Mais cette liaison, au moins circonstanciée entre les mutations de l'Est et la démocratisation en Afrique doit être ramenée à de justes proportions. D'abord elle ne concerne que les mutations récentes et signifie simplement que les changements dans l'Est Européen ont accéléré un processus déjà enclenché : les oppositions béninoises, ivoiriennes, zairoises existaient bien avant l'effondrement des États communistes ; et la crise qui s'est déroulée au Bénin durait déjà depuis de nombreuses années. Le changement démocratique n'a pas été imposé de l'extérieur, mais répondait aux aspirations profondes des populations.

- Au demeurant c'est surtout la crise économique et financière qui constitue le principal facteur. Les causes de cette crise sont à la fois externes : avec la chute du prix des matières premières exportées, la détérioration des termes de l'échange, l'alourdissement de la dette et de son service ; mais également internes avec la gabegie endémique, la corruption, l'incapacité de maîtriser un secteur public omniprésent, en bref l'inaptitude à gérer l'économie nationale.

Les peuples africains se sont révoltés et se révoltent moins pour la démocratie que contre les dirigeants despotiques et inefficaces.

La transition démocratique signifie bien la fin d'une époque et le début d'une autre. Selon G. Hermet "La transition se comprend dans son acception temporelle plutôt que dans son contenu assez indécis. Elle s'inscrit dans le temps, de durée extrêmement variable, qui s'écoule entre la chute d'un régime et la prise de contrôle complète des rouages du pouvoir par celui qui le remplace : en l'occurrence le régime démocratique. Elle prend fin normalement quand cette démocratie s'est pourvue d'institutions régulières, d'une constitution et surtout lorsque les dirigeants démocratiques ont imposé leur suprématie aux militaires et au nomenklaturistes, en rendant de la sorte l'alternance pacifique au pouvoir au moins réalisable dans son principe. Ce diagnostic sur la bonne fin du processus lui sert en somme de définition" (4).

Au-delà des spécificités locales, le passage à la démocratie s'est effectué selon trois schémas principaux : le premier est celui de la libéralisation non contrôlée, le parti au pouvoir organise des élections libres, à l'issue desquelles, vaincu il abandonne le pouvoir à l'opposition (Cap Vert - Sao Tomé et Principe - Zambie) (5). Le second est celui de la transition octroyée par le pouvoir lui-même (Côte d'Ivoire), le troisième et dernier est celui de la transition négociée.

(3) A. Bourgi - C. Casteran : *Le printemps de l'Afrique*, Hachette Paris 1991, p. 13.

(4) G. Hermet : "Le temps de la démocrate", *Revue Internationale des Sciences Sociales* mai 1991.

(5) Dans ces trois États a joué l'alternance démocratique par la voie des urnes. Au Cap Vert, le président Austides Pezeira au pouvoir depuis 1975 a laissé la place en février 1991 à M. Monteiro. A Sao Tomé et Principe, autre État Lurophone, le président Pinto Da Costa a créé la surprise en annonçant qu'il n'était pas candidat à sa succession. Au terme des premières élections libres organisées dans l'archipel, en mars 1991 il cède la place à M. Trovoada. Il n'a pas désigné son successeur contrairement aux anciens présidents sénégalais, Senghor, Camerounais Ahidjo et Tanzanien Nyerere. Enfin en octobre 1991, au terme des premières véritables élections pluralistes organisées en Zambie, le

L'expérience Béninoise de transition démocratique négociée est intéressante à un double point de vue.

- D'abord en rupture avec la méthode du coup d'État pratiquée jusqu'alors, le Bénin s'est engagé dans un processus de transition pacifique. Le Bénin a en effet connu une vie politique et constitutionnelle agitée depuis son accession à l'indépendance en 1960, parsemée de coups d'État militaires (6). C'est d'ailleurs à la suite du 6ème coup d'État militaire, qu'une dictature militaire s'est installée à Cotonou, dans la capitale de ce qui était encore la République du Dahomey en 1972. Le capitaine - autopromu général - Mathieu Kerekou s'est installé aux commandes de l'État. Au régime nationaliste et pragmatiste des premières années, s'est substitué rapidement un régime marxiste - léniniste avec dictature du parti unique (7). Le général Kerekou avait trouvé dans l'idéologie marxiste-léniniste et les structures politiques et économiques qu'elle appelle les moyens d'asseoir solidement son pouvoir en éliminant toute forme de contestation.

- Ensuite, le processus de transition démocratique enclenché au Bénin en 1989 avec la Conférence Nationale des forces vives de la nation constitue un modèle pour l'Afrique noire Francophone. Réalisant en quelques mois un aggiornamento politique et social le Bénin a été un pionnier.

Il a su gérer une période de transition négociée (I) et mettre sur pied un régime démocratique pluraliste (II).

## I - UNE TRANSITION DÉMOCRATIQUE NÉGOCIÉE

En rupture avec le modèle du coup d'État pratiqué jusqu'alors, la transition démocratique au Bénin est l'exemple d'une mutation politique complète réalisée selon un processus de transition négociée. Selon le professeur J.M Nkouanzen "la transition négociée se rapporte aux situations dans lesquelles le pouvoir autoritaire ou dictatorial en place engage un dialogue dynamique avec les partenaires sociaux et politiques, pour déterminer avec eux la procédure de sortie de la dictature et de transition vers la démocratie" (8). Il s'agit en l'occurrence d'un procédé pacifique visant à opérer, dans le calme, une révolution. Les élites béninoises ont su par leur sagesse et leur détermination, sauvegarder la paix pendant ce processus qui a connu deux phases : d'abord la réunion d'une conférence nationale des forces vives de la Nation, ensuite une période de transition gérée par des institutions provisoires.

### 1 - La conférence nationale des forces vives de la Nation

La conférence nationale a le mérite de marquer une rupture franche avec le passé et de provoquer une véritable "catharsis" politique nationale. Elle cristallise une volonté populaire et exerce une action fondatrice. Son rôle est tour à tour déstabilisateur et catalyseur. Ce mécanisme politique original a déjà fait école en Afrique Noire francophone (Congo - Gabon - Mali - Niger - Togo - Zaïre), il est

---

"père de l'indépendance" K. Kaunda devait s'incliner devant un syndicaliste F. Chiluba. Cf. *Jeune Afrique*, 19 mars 1992.

(6) Sur l'histoire politique et constitutionnelle du Dahomey puis en Bénin depuis l'indépendance, Cf. Magléle : *Naissance d'un État Noir : l'évolution politique et constitutionnelle du Dahomey de la colonisation à nos jours*, Paris LGDJ 1969, *La République du Déhomey*, Paris Berger-Levrault, 1969. D.G Lavroff : "Bénin", in *Encyclopaedia Universalis* - M. L. Martin "Bénin" in *Constitutiones Africae*, Bruylant 1988.

(7) Cf. La loi Fondamentale de la République populaire du Bénin in : *Constitutiones Africae*, op. cit.

(8) J.M Nzouankeu : "L'Afrique devant l'idée de démocratie", *Revue Internationale des Sciences Sociales*, mai 1991.

revendiqué par les masses populaires en Côte d'Ivoire, au Cameroun, à Madagascar. Il importe donc d'en étudier la genèse, l'organisation et l'oeuvre.

### *A - La genèse*

La convocation de la Conférence Nationale trouvait sa justification, d'après les forces d'opposition au régime, dans la situation exceptionnelle que traversait le pays. "Dans la situation que nous vivions, la conférence nationale est apparue comme une alternance à la guerre civile" déclara ultérieurement le Premier Ministre M. Nicephare Soglo (9).

L'ébranlement du régime autoritaire résulte d'une crise aux dimensions multiples, économique, sociale et politique.

- La débâcle économique et financière : le désastre de la fin des années 80 est imputable aussi bien à la dégradation de l'environnement international qu'à la politique menée par les dirigeants béninois. Le Bénin est effectivement victime de la récession de la dernière décennie : effondrement du cours des matières premières, désinvestissement, croissance de la dette, etc. Ce pays qui se réclamait du socialisme scientifique subit un irrésistible déclin ; tous les secteurs économiques d'activité ont été touchés par la récession mondiale et par les effets d'une gestion pour le moins laxiste (10). La crise atteignit son paroxysme en 1988 : résultats catastrophiques des entreprises publiques, faillite du système bancaire à la suite du Krach de la Banque Commerciale du Bénin (11), déficit du commerce extérieur, suspension du paiement des arriérés de la dette. En 1989, au bord de la banqueroute, le Bénin signait avec le Fonds Monétaire International un accord de mise en place d'un plan d'ajustement structurel devant permettre l'assainissement de son économie. L'acceptation par le général-président des conditions mises par le FMI et la Banque mondiale à l'octroi de diverses aides signait l'échec de dix sept ans de socialisme. Le plan d'ajustement structurel contraint le gouvernement béninois à prendre des mesures de redressement : réduction du train de vie de l'État, diminution des salaires de la fonction publique, liquidation d'entreprises publiques, etc. Ces difficultés économiques se doublaient tout naturellement de tensions sociales.

- La contestation sociale : l'explosion sociale

La politique d'austérité imposée par le FMI et les bailleurs internationaux a engendré un vif mécontentement populaire ; certaines dispositions comme la hausse des prix des denrées de première nécessité, les licenciements massifs dans les entreprises publiques et parapubliques, le démantèlement, pour cause d'économies, de services publics aussi indispensables que la santé et l'école ont contribué au Bénin, comme dans bien d'autres pays, à aiguïser les tensions sociales déjà avivées par l'autoritarisme du pouvoir et les multiples violations des droits de l'homme.

La population a perdu confiance dans ce régime foncièrement corrompu qui promettait de "donner un avenir aux plus pauvres". Les nombreux détournements de fonds par la minorité au pouvoir ont fini d'exaspérer les couches défavorisées en

(9) Déclaration à l'hebdomadaire Jeune Afrique 18.12.92.

(10) Selon le Premier Ministre de la période de transition N. Soglo "Aucun secteur ne tient debout, pas même l'agriculture... tout est cassé... nous avons sur les bras 47 000 fonctionnaires, il nous en suffirait de 20 000 pour gérer un pays d'environ quatre millions d'habitants... on nous a laissé une ardoise (dette extérieure) de 600 milliards de F.C.F.A", idem.

(11) Toutes les banques sont en règlement judiciaire. En cinq ans la Banque Commerciale du Bénin a perdu 42 fois son capital et compte 72.961 créanciers, Le Monde 13.9.1991.

proie aux difficultés pour survivre. En février 1989, sept évêques catholiques béninois ont déclenché les hostilités contre le régime militaro-marxiste ; dans une lettre pastorale de onze pages ils évoquaient "ces milliards qui rapidement se volatilisent pour enrichir quelques profiteurs" et de préciser "les agissements de certains laissent croire que l'ardeur réformatrice et édicatrice du bonheur national si souvent proclamée n'est qu'une justification, une couverture, une diversion, pour satisfaire leur volonté de puissance. Sous prétexte de défendre et de servir le peuple, n'est-ce pas soi-même qu'on sert, et de quelle manière ?" (12).

Certaines mesures d'austérité - suspension des bourses universitaires, retards considérables dans le versement des salaires des fonctionnaires (le gouvernement devant 6 mois d'arriérés de salaires à ses 47.000 fonctionnaires) ont suscité une agitation endémique dans les milieux étudiants (1989 a été une année blanche à l'université) à laquelle se sont ajoutées des vagues de grèves générales de protestation des fonctionnaires et des émeutes populaires contre des dirigeants despotiques et inefficaces.

- La crise politique enfin a participé à la déstabilisation du régime : le parti unique et la théorie du parti-État ont fait naufrage. Ils étaient censés, selon le bric à bloc idéologique sur lequel ils se sont édifiés (la Loi fondamentale de 1977 est un bon exemple), garantir la cohésion nationale et le développement, alors qu'ils ont conduit exactement à l'inverse, engendrant clientélisme ethnique, corruption et népotisme.

La déliquescence du parti unique a privé le président de soutien. L'Assemblée Nationale révolutionnaire, organe suprême du pouvoir d'État, s'est contentée, en réponse aux manifestations populaires de procéder à la réélection pour cinq ans de M. Kerekou à la tête de l'État (le 2 août 1989 par 198 voix contre 2 et 6 abstentions). Le parti révolutionnaire du peuple béninois a brillé par son absence lors des événements qui ont abouti à la mise sous tutelle du général président. Les militants se sont volatilisés, ce qui en dit long sur la réalité de la mobilisation populaire que les dirigeants béninois et "le grand camarade de lutte" prétendaient avoir réalisé.

Ne disposant plus du soutien que d'une minorité de son armée ; acculé par l'ampleur de la crise économique, sociale et politique, le chef de l'État s'est résolu, sous la pression de la rue, à une sorte de perestroïka pour tenter de sauver sinon le régime, du moins son pouvoir.

La transition s'est amorcée le 7 décembre 1989. À l'issue de la réunion de toutes les instances du parti et de l'État, le président Kerekou proclamait l'abandon du marxisme-léninisme en tant que voie de développement, la séparation du parti et de l'État et surtout la convocation d'une conférence groupant "les représentants authentiques des forces de la Nation" - réplique en cette année de bicentenaire des États généraux de 1789 - pour débattre de l'avenir du pays. En invitant la population à consigner par écrit ses doléances, pour tenter de maîtriser un mouvement de contestation sociale dont il n'arrivait pas à venir à bout - et qui paralysait l'université, les écoles et l'administration - le général Kerekou mettait le doigt dans un engrenage qui allait emporter son régime.

---

(12) Cité in le Monde, 19.9.1989.

### *B - L'organisation*

Les travaux de la Conférence sont régis par un règlement intérieur qui dans l'article 3 déclare : "la conférence proclame sa souveraineté" et dans l'article 43 que "les décisions prises au niveau de l'Assemblée plénière sont exécutoires" (13).

La mission essentielle de la Conférence est de "créer les conditions essentielles d'un consensus national en vue de l'installation d'un État de droit et du pluralisme démocratique, conditions nécessaires à un développement du pays" (art. 3). À cette fin elle devra : - mettre sur pied et inspirer une commission constitutionnelle chargée d'élaborer le projet d'une nouvelle constitution à soumettre à référendum - organiser la période transitoire pendant laquelle seront mises en oeuvre les résolutions qu'elle aura arrêtées - définir les futurs régime politique et système de partis.

Les travaux de la conférence sont dirigés par un présidium élu en son sein, avec à sa tête un évêque Mgr de Souza. Ce choix allait être déterminant dans le déroulement des débats car l'évêque s'est attaché à jouer la carte de la modération pour éviter tout dérapage.

Trois commissions de travail sont mises en place dont la commission constitutionnelle (14) composée de juristes et présidé par un éminent professeur de droit public - M. Ahanhanzo Glele - qui influencera profondément ses travaux (15). Dans le court délai qui lui est imparti (1er mars au 11 avril 1990) elle doit élaborer l'avant projet de constitution - la Charte des partis politiques (16) et le loi électorale.

Les décisions de l'Assemblée plénière "sont prises par consensus dans un esprit de persuasion, de conciliation, et de compromis" (art. 41). Ainsi prédomine encore une vision mythique de l'Afrique symbolisée par le légendaire arbre à palabres (17). Toutefois il peut être procédé à des votes en cas de besoin ; ceux-ci sont acquis à la majorité simple des participants présents au moment du vote.

### *C - L'œuvre*

La Conférence nationale s'est déroulée dans un climat houleux. Une fois le présidium élu et les commissions mises en place, l'étape des déclarations générales émanant des groupes représentés et de personnalités a commencé et l'on a assisté à un véritable réquisitoire contre les dirigeants du régime militaro-marxiste accusé de corruption, de détournements de fonds publics, assassinats politiques etc. Il a fallu tout le doigté de Mgr de Souza pour éviter la rupture avec le Président Kerekou et l'armée, et l'échec de la Conférence. Au contraire celle-ci a débouché sur une

(13) Nous tenons à remercier M. R. Guillaneuf, conseiller culturel auprès de la Mission Française de Coopération à Cotonou qui nous a aimablement communiqué tous les documents des travaux de la Conférence Nationale.

(14) La commission Constitutionnelle prévue par le Règlement Intérieur de la Conférence Nationale verra son existence officiellement consacré par un décret du 1er mars 1990.

(15) Le Professeur M. A. Glele dans une étude intitulée "Pour un État de droit en Afrique", in *Mélanges Gomdec*, LGDJ 1985, p. 181-193, écrivait "A notre avis, l'avenir de l'État en Afrique dépend du respect des droits de l'homme et de l'instauration progressive du règne du droit. La loi doit être la même pour tous, elle doit être le fondement de l'action gouvernementale... Le contrôle de constitutionnalité doit être institué dans la loi fondamentale afin d'éviter l'arbitraire et le pouvoir personnel. L'État doit être soumis au droit".

(16) La Charte des partis politiques fera l'objet d'une loi du 23 août 1990.

(17) Le professeur J.M. Nzouankeu décrit ainsi cette procédure traditionnelle : "les conflits étaient censés s'y résoudre par la palabre, par des discussions. Les discussions devaient se prolonger aussi longtemps que cela était nécessaire, jusqu'à ce que se dégage un consensus général. Autrement dit, une majorité ne devait pas imposer sa volonté à une minorité, au contraire, toutes les décisions devaient être prises par consensus" in art. cité.

véritable transition démocratique en douceur. Assurés de leur légitimité, les délégués ont procédé à des transformations de forme et de fond.

Quand à la forme ils se sont prononcés en faveur du retour à l'ancien nom du pays, celui de l'époque prémarxiste : désormais il n'y a plus de République Populaire du Bénin, mais la République du Bénin (18). Dans le même esprit, ils ont décidé de se rallier aux anciens symboles de la République : drapeau et hymne national (19). Ce retour au passé, dépasse en réalité, la simple formalité, il reflète la volonté populaire, représentée en l'occurrence par les délégués, de se débarrasser de tout vestige pouvant rappeler l'ère de la dictature militaro-marxiste.

Sur le fond, la Conférence nationale a mis en oeuvre une thérapie de choc ; les principales institutions du pays ont subi des mutations radicales.

- En décidant d'abroger la Loi Fondamentale de 1977 (20), elle a prononcé l'arrêt de mort du régime précédent. Par un acte révolutionnaire, rejetant la procédure prévue par la constitution en vigueur (art. 154) elle s'est reconnue le droit d'en élaborer une nouvelle.

- Elle a dissout toutes les institutions émanant du régime marxiste-léniniste et en particulier l'Assemblée révolutionnaire (21).

- En revanche le général Kerekou est demeuré à la présidence. Dans le but de prévenir toute réaction désespérée de factions putschistes de l'armée, la Conférence nationale a décidé habilement de ne pas révoquer le chef de l'État qui se voyait confier, pour la forme, le soin d'assurer la continuité de l'État ; le soin de gouverner le pays pendant la période de transition étant confié à un Premier Ministre. À cet égard, le futur Président de la République, M. Nicephore Soglo a pu expliquer "On ne s'est pas érigé en tribunal pour juger M. Kerekou... nous avons tous estimé que c'était le prix à payer pour avoir la paix et que dans l'immédiat nous avions mieux à faire. Pas de vengeance, pas de brutalités et de règlements de comptes violents ou arbitraires, il fallait éviter tout cela pour réussir notre transition" (22).

- Elle a nommé un premier ministre - M. Nicephore Soglo, énarque et ancien administrateur de la Banque Mondiale. Ses compétences économiques et sa relative neutralité politique lui vaudront d'être choisi pour prendre la tête d'un gouvernement de techniciens jusqu'à la mise en place des nouvelles institutions.

- Elle prévoit l'organisation provisoire des pouvoirs qui devaient régir le Bénin pendant la période de transition.

- Enfin elle a proclamé l'instauration du multipartisme et imposé la liberté de presse. Ainsi l'ancien régime a volé en éclats, adieu marxisme-léninisme, parti unique, loi fondamentale, assemblée révolutionnaire... Une amnistie générale a été

(18) Une ordonnance du 1er mars 1990 porte nouvelle dénomination de l'État.

(19) Le drapeau tricolore vert-jaune-rouge adopté lors de l'indépendance en 1960 remplace le drapeau béninois : une étoile rouge à cinq branches. L'hymne national est à nouveau "l'aube nouvelle".

(20) Ordonnance du 1er mars 1990 portant abrogation de la Loi Fondamentale du 26 août 1977 de la République populaire du Bénin.

(21) En vertu de l'article 30 de la Loi Fondamentale de 1977 "L'assemblée nationale révolutionnaire est l'organe suprême du pouvoir d'État de la République populaire du Bénin".

(22) Dans une interview donné à l'hebdomadaire Jeune Afrique du 18 décembre 1991, p. 147.

proclamée, les exilés sont rentrés au pays et les détenus politiques ont recouvré la liberté.

Le Président Kerekou, le "grand camarade de lutte" a finalement accepté - en contrepartie de l'immunité (23) - toutes les décisions prises par la Conférence Nationale. Au moment où celle-ci s'achevait, le Bénin entrait dans une période de transition fixée à 11 mois et régie par une loi constitutionnelle provisoire.

## 2 - Les institutions de la période transitoire

La loi Constitutionnelle n° 90-001 portant organisation de la période transitoire décide qu'elle sera exécutée comme constitution de l'État "en attendant les élections générales et la mise en place des institutions prévues par la nouvelle constitution à adopter par référendum" (art. 38).

Le président de la République - le général Kerekou - demeure en place mais ne dispose plus que d'attributions honorifiques ; il est flanqué d'un gouvernement dirigé par un premier ministre. Un Haut Conseil de la République tient lieu d'organe législatif délibérant et adoptant les textes législatifs. Est ainsi mis en place un régime parlementaire qui apparaît comme un composé hybride où l'homme qui a dirigé le Bénin d'une main de fer pendant 17 ans et les nouveaux dirigeants démocratiques cohabitent au pouvoir d'un commun accord.

### *A - Le Président de la République*

Le président Kérékou a été épargné. Sous l'habile férule de son président Monseigneur de Souza, le bureau de la Conférence Nationale a ménagé sa susceptibilité et évité de lui faire perdre la face. L'article 12 décide que "l'actuel président de la République demeure en fonctions jusqu'aux prochaines élections". Il demeure donc à la tête de l'État, mais les pouvoirs étendus dont il jouissait avant la Conférence ont été sévèrement amputés. Naguère chef de l'État, chef du gouvernement, chef du parti unique, chef des forces armées, personnage tout puissant, il s'est vu ramené à un rôle plutôt honorifique, représentatif ; cédant le pouvoir réel au premier ministre. "Il est chef de l'État" (art. 2). À ce titre il représente l'État ; incarne l'unité nationale, et est le garant de l'indépendance nationale, de l'intégrité du territoire, du respect des traités. Il assure le fonctionnement régulier des pouvoirs publics ainsi que la continuité de l'État. Il a le droit de faire grâce après avis du Premier Ministre et du Haut Conseil de la République. Il est le chef suprême des forces armées (art. 14) ; il accrédite les ambassadeurs auprès des puissances étrangères sur proposition du gouvernement ; les ambassadeurs sont accrédités auprès de lui.

Le Président de la République préside le Conseil des ministres ; nomme aux emplois civils et militaires sur proposition du gouvernement ; signe les décrets pris en Conseil des ministres qui sont contresignés par le Premier Ministre. Enfin, en cas de crise grave il peut recourir aux pouvoirs exceptionnels et prendre les mesures exigées par les circonstances avec l'accord du Premier Ministre et du Haut Conseil de la République (art. 18).

---

(23) Le Haut Conseil de la République a confirmé le 31 mars 1991 - ce qui avait été négocié pendant la Conférence Nationale - que l'ancien chef de l'État M. Kerekou bénéficierait de l'immunité totale pour la période allant du coup d'État militaire du 26 octobre 1972 au 1er avril 1991.

En pratique durant la période de transition, le président Kérékou a exercé avec beaucoup de discrétion ses fonctions, ne se donnant même plus la peine de présider le conseil des ministres.

### *B - Le Premier Ministre et le gouvernement*

Nombre de compétences exercées par le Président Kérékou sont passées entre les mains du Premier Ministre. Celui-ci désigné par la Conférence des Forces vives de la Nation est le chef du gouvernement transitoire (art. 20). En cas de vacance du poste, le Haut Conseil de la République, désigne en son sein, un membre pour assurer l'intérim. Après avis du Haut Conseil de la République, le premier ministre propose à la nomination de Président de la République les membres du gouvernement, et met fin à leurs fonctions dans les mêmes conditions. Les fonctions de ministre sont incompatibles avec celles de membre du Haut Conseil de la République.

Le premier ministre préside le conseil de cabinet. Il dirige l'action du gouvernement qui détermine et conduit la politique de la nation et dispose de l'administration et de la force armée. Il est responsable de la défense nationale. Il assure l'exécution des lois et dispose du pouvoir réglementaire (art. 25).

Le gouvernement est politiquement responsable devant le Haut Conseil de la République (art. 26). Une motion de censure dirigée contre ses membres individuellement ou collégalement, à la majorité des deux tiers contraint, selon le cas, le ministre visé ou le chef du gouvernement à présenter sa démission (art. 27).

### *C - Le Haut Conseil de la République*

Cette assemblée succède au Haut Conseil de la République précédemment créé par une ordonnance présidentielle du 1er mars 1990. Il est composé des membres du Présidium de la Conférence des Forces Vives de la Nation, des présidents des commissions de la conférence, des anciens présidents de la République, et des représentants des provinces désignés par la Conférence. Il est présidé par l'évêque de Cotonou : Mgr de Souza. Il se voit confier, par l'article 31, une mission très éclectique : assurer la fonction législative, notamment en matière budgétaire - contrôler l'exécutif - contrôler l'exécution des décisions de la conférence. Un rôle fondamental lui est alloué dans le processus constituant, il doit : approuver l'avant-projet de constitution élaboré par la Commission constitutionnelle - étudier les amendements suggérés par un débat national (la "popularisation de l'avant-projet de constitution") et organiser le référendum pour l'adoption de la constitution.

Il doit assurer l'accès équitable des partis politiques aux mass médias officiels, superviser les élections législatives et présidentielles et régler le contentieux électoral. Enfin il a la charge de veiller au respect de la loi constitutionnelle et d'assurer la défense et la promotion des droits de l'homme tels qu'ils sont proclamés et garantis par la Charte Africaine des droits de l'homme et des peuples.

Tel est le système institutionnel qui va fonctionner jusqu'à ce que le projet de constitution publié le 15 mai 1990, soumis ensuite à une campagne dite de "popularisation", soit adopté lors du référendum le 2 décembre 1990 par 93,2 % des votants (taux de participation : 63,5 % des inscrits). Le Bénin, trente ans après son accession à l'indépendance est ainsi doté de sa cinquième constitution (24).

(24) Les constitutions de 1960 - 1964 - 1986 - 1977 - 1990. Les textes constitutionnels provisoires subséquents aux six coups d'État militaires n'étant pas pris en compte.

## II - L'INSTAURATION D'UNE DÉMOCRATIE PLURALISTE

Dès le préambule, le peuple Béninois après avoir proclamé son opposition à tout régime politique fondé sur la dictature, la confiscation du pouvoir et le pouvoir personnel (25) affiche sa profonde détermination de créer un État de démocratie pluraliste. La constitution revendique donc, dans son article 5, le multipartisme qui est le révélateur, le critère le plus apparent de la démocratie pluraliste (26). Elle organise la mise en place d'un équilibre des pouvoirs exécutif et législatif et l'établissement progressif du règne du droit.

### 1 - L'équilibre des pouvoirs exécutif et législatif

Le constituant béninois avait annoncé son intention de mettre en place un régime présidentiel qui respecte, comme il est de règle le principe de la séparation des pouvoirs. La constitution de 1990 (largement calquée sur celle de 1968), marquée par le syncrétisme juridique comporte pêle-mêle des éléments du régime présidentiel américain et du système français de 1958. Elle sépare apparemment l'exécutif du législatif : l'Assemblée Nationale ne peut renverser le président qui ne saurait la dissoudre. Mais en fait l'aménagement constitutionnel des rapports entre les organes et les modalités d'exercice de leurs fonctions montre clairement que ce principe n'a été que très imparfaitement appliqué et que la constitution établit une collaboration fonctionnelle entre le Président et l'Assemblée Nationale.

#### *A - Le Président de la République*

Le statut, la dévolution sans partage de la fonction exécutive, l'étendue des prérogatives correspondent - au moins en droit - à la logique présidentielle

##### a - Le statut

L'autorité personnelle du président trouve sa source dans une désignation au suffrage populaire direct ; la continuité de pouvoir étant assurée par le mécanisme de l'intérim. La responsabilité pénale est sanctionnée par la destitution.

#### **La désignation populaire**

Le Président est élu au suffrage populaire direct (art. 42). La candidature à la présidence, outre les conditions classiques d'éligibilité (citoyenneté et nationalité) est

---

(25) Le texte de la constitution contient toute une série de dispositions destinées à exorciser la dictature militaire.

- Tout membre des forces armées qui désire être candidat aux fonctions de Président de la République doit au préalable donner sa démission de l'armée (art. 64).

- Toute tentative de renversement du régime constitutionnel par les forces armées sera considérée comme une forfaiture et un crime contre la nation (art. 65).

- En cas de coup d'État, d'agression par des mercenaires, tout membre d'un organe constitutionnel a le droit de faire appel à tous les moyens pour rétablir la légitimité constitutionnelle, y compris le recours aux accords de coopération militaire de défense existants (c'est-à-dire aux parachutistes français) (art. 66).

Il est douteux que ces dispositions dissuadent la soldatesque béninoise accoutumée à intervenir sur la scène politique et disposant des blindés et armes d'assaut.

(26) En vertu de l'article 5 «les partis politiques concourent à l'expression de suffrage. Il se forment et exercent librement leurs activités dans les conditions déterminées par la Charte des partis. Ils doivent respecter les principes de souveraineté nationale, de la démocratie... » Une loi du 13 août 1990 portant Charte des Partis politiques a été adoptée par le Haut Conseil de la République.

subordonné à des exigences qui trouvent leur origine dans la vie politique et constitutionnelle agitée qu'a connue le Bénin depuis son accession à l'indépendance : - être de bonne moralité et d'une grande probité (réaction contre les turpitudes et la corruption des dirigeants des régimes précédents) mais la constitution ne prévoit pas quel est l'organe chargé d'apprécier le degré de moralité et de probité des candidats - subir un examen médical et psychiatrique - être âgé de 40 à 70 ans à la date du dépôt des candidatures (cette disposition visait à écarter de la compétition présidentielle de 1991, les anciens présidents Maga, 75 ans, Ahomadegbé 74 ans et Zinsou 73 ans dont les querelles, sur fond de régionalisme ont perturbé la vie politique du Bénin depuis l'indépendance et ont conduit à plusieurs reprises les militaires au pouvoir).

L'élection se déroule au scrutin majoritaire à deux tours (27). La Cour constitutionnelle veille à la régularité du scrutin et proclame les résultats (28).

La durée du mandat présidentiel est fixé à 5 ans. Le président est rééligible une fois. L'article 42 affirme même qu'«en aucun cas nul ne peut exercer plus de deux mandats présidentiels».

### L'intérim

Les constituants ont jugé indispensable d'assurer la continuité de pouvoir. Deux situations ouvrant l'intérim doivent être soigneusement distinguées :

- D'une part en cas de vacance constatée par l'Assemblée Nationale à la majorité de ses membres, la fonction présidentielle est alors provisoirement exercée par le président de l'Assemblée nationale, en attendant l'élection d'un nouveau président qui doit intervenir dans un délai compris entre 30 et 40 jours (art 50).  
- D'autre part en cas de mise en accusation du président devant la Haute Cour, l'intérim est assuré par le Président de la Cour Constitutionnelle (art. 50 al. 3). L'intérim n'est pas alors limité dans le temps ; il est lié à la décision de la Haute Cour absolvant ou destituant le président. Dans les deux hypothèses citées le président intérimaire - président de l'assemblée nationale ou président de la Cour Constitutionnelle - exerce la plupart des compétences du chef de l'État.

### La responsabilité pénale

Dans l'exercice de ses fonctions, incompatibles avec l'exercice de toute autre activité publique ou privée, le président est politiquement irresponsable. En revanche sa responsabilité pénale peut être mise en cause dans trois cas : haute trahison, outrage à l'assemblée, atteinte à l'honneur ou à la probité (art. 73). Ces trois chefs d'inculpation éventuelle sont définis par les articles 74 à 77. La mise en accusation du président - ou des membres du gouvernement - est votée à la majorité des deux tiers des membres composant l'assemblée nationale. Le président est alors suspendu de ses fonctions et destitué en cas de condamnation par la Haute Cour de justice (29).

(27) Alors que ne figurent au second tour que les deux candidats ayant recueilli le plus grand nombre de suffrages au premier tour ; de manière surprenante, au regard de l'arithmétique électorale, l'article 45 dispose qu'est «déclaré élu au second tour le candidat ayant recueilli la majorité relative (!) des suffrages exprimés».

(28) L'élection du Président fait l'objet d'une proclamation provisoire. Si la Cour constitutionnelle est saisie dans les cinq jours d'une contestation relative à la régularité des opérations électorales, elle dispose d'un délai de 10 jours pour statuer et conclure à la proclamation définitive ou à l'annulation de l'élection (article 49).

(29) La Haute Cour de Justice - qui curieusement figure au titre VI intitulé «du pouvoir judiciaire» est composée des membres de la Cour Constitutionnelle à l'exception de son président, de six députés élus par l'Assemblée Nationale et du Président de la Cour Suprême (art. 135).

### b - La maîtrise de l'exécutif

Le président est vraiment le maître unique et incontesté de l'exécutif. Chef de l'État il est "garant de l'indépendance nationale, de l'intégrité territoriale et du respect de la constitution et des accords internationaux" (art. 41). Il est aussi chef du gouvernement et "à ce titre détermine et conduit la politique de la nation" art. 54). Ainsi est évitée toute tentative d'instauration d'une "dyarchie au sommet" (30).

Dans l'exercice du pouvoir exécutif, le président est assisté par des ministres regroupés sous la dénomination de gouvernement. Il les nomme (après simple avis consultatif du bureau de l'assemblée), les révoque discrétionnairement et fixe leurs attributions. L'article 70 l'autorise à leur déléguer certains de ses pouvoirs.

Bien qu'il apparaisse comme le détenteur exclusif du pouvoir exécutif, il ne peut cependant, contrairement au régime présidentiel classique, prendre certaines décisions qu'en conseil des ministres. Cet organe, qu'il préside, délibère obligatoirement sur "les décisions déterminant la politique générale de l'État, les projets de loi, les ordonnances et les décrets réglementaires" art. 55). De nombreuses nominations y sont effectuées. Sans doute ne vote-t-on pas en conseil des ministres, cependant le fait d'examiner librement en commun les questions, ci-dessus énumérées, permet, grâce à la participation des membres du gouvernement d'atténuer sensiblement les erreurs ou l'arbitraire d'un homme appelé à décider seul. Cette participation n'affecte pas l'unité du pouvoir exécutif, le président pouvant toujours se débarrasser de ministres peu coopératifs et indociles en les révoquant.

### c - Les attributions présidentielles

Le président exerce le pouvoir exécutif dans sa plénitude. Il possède toutes les attributions qui sont accordées au prototype américain ; de surcroît, lui sont conférées des compétences inspirées de la constitution française de 1958.

#### Les attributions exécutives classiques

Le président possède le pouvoir réglementaire (art. 54). À ce titre il assure l'exécution des lois et est investi d'un pouvoir réglementaire autonome, ce qui fait de lui un législateur au sens matériel du terme. Il dispose de l'administration, nomme en conseil des ministres les hauts fonctionnaires. Il possède d'importantes attributions en matières de relations extérieures : les ambassadeurs des puissances étrangères sont accrédités auprès de lui, il nomme et accrédite les ambassadeurs béninois, il a la haute main sur l'action diplomatique puisqu'il négocie et signe les traités dont la ratification exige l'accord de l'assemblée nationale (art. 144-145).

Ses pouvoirs militaires sont étendus : responsable de la défense nationale, il dispose de la force armée (art. 54), préside le conseil supérieur de la défense nationale, nomme les officiers en conseil des ministres, déclare la guerre avec l'accord de l'assemblée (si celle-ci ne peut siéger, la déclaration de guerre est prise en conseil des ministres par le président qui informe immédiatement la nation). Enfin, il peut faire concourir l'armée au développement économique de la nation et à toutes autres tâches d'intérêt public (31).

(30) L'expérience de dualisme de l'exécutif faite sous la constitution de 1964 a été, à cet égard, dissuasive.

(31) Sur l'association des forces armées à l'effort de développement national dans certains États du Tiers Monde cf. M. P. Roy, "Les régimes politiques du Tiers Monde", L.G.D.J., Paris 1977, p. 408-410.

### L'extension des attributions présidentielles

Le constituant a retenu certaines pratiques de la vie politique américaine et surtout certaines prérogatives présidentielles de la V<sup>e</sup> République.

#### - Les interventions dans la fonction législative

Bien que cela ne soit pas conforme au modèle traditionnel, le président participe à la fonction d'élaboration des lois : initiative des lois, concurremment avec les députés (art. 57) - promulgation de la loi votée dans un délai de quinze jours. Il dispose du droit de demander à l'Assemblée une seconde délibération de la loi ou de certains de ses articles impliquant un vote à la majorité des membres le composant (32).

Il se voit reconnaître le droit de soumettre au référendum un projet de loi relatif à la promotion et au renforcement des droits de l'homme - l'organisation des pouvoirs publics - l'intégration sous régionale et régionale (art. 58).

Enfin il lui est alloué le droit de statuer sur des matières qui relèvent normalement du domaine de la loi. L'autorisation de statuer par ordonnances est donnée par l'assemblée nationale à la majorité des deux tiers des membres pour des matières et une période déterminées (art. 102).

#### Les pouvoirs de crise

La Constitution attribue au chef de l'État des pouvoirs particuliers pour faire face aux situations de crise.

- L'état de siège et l'état d'urgence, sont décrétés en Conseil des ministres après avis de l'assemblée nationale. La prorogation, au-delà de 15 jours, doit être autorisée par elle (art. 101).

- L'exercice des pouvoirs exceptionnels est largement calqué au Bénin - comme dans les États Africains francophones - sur l'article 16. Néanmoins quelques différences méritent d'être relevées : - le fonctionnement des pouvoirs publics ou constitutionnels doit simplement être menacé et non pas nécessairement interrompu (art. 68). - En revanche l'exercice de ces pouvoirs est soumis à certaines contraintes visant à éviter que ne s'instaure une dictature constitutionnelle de longue durée : les droits des citoyens garantis par la constitution ne sont pas suspendus ; les mesures exceptionnelles exigées par les circonstances sont prises par le président en conseil des ministres ; enfin l'assemblée qui se réunit de plein droit fixe le délai au terme duquel le président ne peut plus prendre de mesures exceptionnelles.

L'extension des prérogatives du chef de l'État n'est pas accompagnée, de façon apparente, d'une réduction sensible des pouvoirs reconnus au parlement.

### *B - Le Parlement*

Le Parlement n'est certes pas le moteur de la vie politique ; mais il demeure constitutionnellement un organe étatique important suffisamment puissant pour pouvoir s'opposer à toute ingérence du président dans sa propre sphère. Ce que permet d'affirmer l'analyse de son organisation et de ses fonctions.

(32) Si après ce vote, le Président refuse de promulguer la loi, la Cour Constitutionnelle saisie par le Président de l'Assemblée Nationale déclare la loi exécutoire si elle est conforme à la Constitution. La même procédure est suivie lorsqu'à l'expiration du délai de promulgation de quinze jours, il n'y a ni promulgation ni demande de seconde lecture (art. 57).

### a - L'organisation

Le pouvoir législatif appartient à une chambre unique l'Assemblée Nationale (art. 79). Les députés sont élus au suffrage universel direct pour 4 ans (33). Chaque député est le représentant de la nation et tout mandat impératif est nul. L'article 81 exige la démission préalable de tout membre des forces armées ou de sécurité publique désireux d'être candidat aux élections législatives. Les fonctions ministérielles sont incompatibles avec tout mandat parlementaire (art. 93) ; les députés jouissent des immunités traditionnelles : irresponsabilité et inviolabilité (art. 90). L'Assemblée nationale est intermittente. Elle obéit au rythme de sessions ordinaires ou extraordinaires. Elle se réunit en effet en deux sessions ordinaires par an, d'une durée maximum de 3 mois chacune (art. 87). Quant aux sessions extraordinaires, la Constitution en autorise la tenue, sur un ordre du jour déterminé, pour une durée limitée de quinze jours, à la demande du président ou de la majorité absolue des députés (art. 87). Enfin le règlement intérieur de l'assemblée est adopté conformément à la constitution sous le contrôle de la Cour Constitutionnelle.

### b - Les fonctions

L'Assemblée nationale est dotée du pouvoir législatif ; ses compétences financières sont soumises à des restrictions ; elle conserve néanmoins un droit de contrôle sur le gouvernement, puisque selon l'article 79 le Parlement "exerce le pouvoir législatif et contrôle l'action du gouvernement".

#### Les compétences législatives et financières

L'assemblée nationale vote la loi et consent l'impôt (art. 97).

La Constitution de 1990 conserve certaines modalités de parlementarisme rationalisé figurant dans les constitutions antérieures (1960 - 1964 - 1968). La loi est limitée dans son champ d'application mais n'est pas surveillée dans son élaboration.

La compétence législative est limitée par le jeu conjugué ou solitaire de plusieurs dispositions.

- L'Assemblée n'a pas l'exclusivité du pouvoir normatif : l'article 98 définit certaines matières comme étant législatives, le reste relevant du domaine réglementaire (art. 100). La liste des matières législatives est largement calquée sur l'article 34 français, avec cependant quelques adjonctions (34).

Toutes les propositions et les amendements déposés par les députés sont frappés de la double irrecevabilité législative et financière, que la Cour Constitutionnelle a mission de faire respecter.

En revanche, à la différence des régimes présidentielistes, la loi n'est pas surveillée dans sa fabrication. L'Assemblée nationale est souveraine, la Constitution ne réglemente pas la procédure d'examen et de vote des textes législatifs. Les députés

(33) Une loi électorale adoptée par le Haut Conseil de la République, en date du 29 novembre 1990 retient le scrutin de liste départementale à la représentation proportionnelle.

(34) Ces adjonctions sont - soit spécifiques au Bénin (la procédure de mise en harmonie des coutumes avec des principes fondamentaux de la constitution) - soit liées à la mode (les principes fondamentaux de l'environnement et la conservation des ressources naturelles) - soit conjoncturelles (la loi détermine les principes fondamentaux non seulement des nationalisations mais encore des dénationalisations d'entreprises. Cette adjonction est révélatrice de la situation économique catastrophique du Bénin et des pressions du Fonds Monétaire International).

ne sont pas placés sous la tutelle présidentielle : - Il ne fixe pas l'ordre du jour de l'assemblée mais est simplement informé de l'ordre du jour des séances et des commissions (art. 94). - Il ne possède pas le droit d'amendement - les textes des projets de loi ou de propositions de loi sont examinés avant délibération à la commission compétente de l'assemblée ; la discussion en séance plénière des projets de loi porte sur le texte présenté par la commission. Toutefois, celle-ci, à la demande du gouvernement, doit porter à la connaissance de l'Assemblée les points de désaccord (art. 106) - les membres du gouvernement peuvent intervenir au cours du débat législatif : au titre de l'article 95 ils ont accès aux séances, et sont entendus à la requête d'un député, d'une commission ou à leur propre demande. Relevons, enfin, que les députés peuvent - à la majorité renforcée des trois quarts - décider de soumettre toute question à référendum. À la différence du domaine référendaire du président qui est strictement circonscrit, celui des parlementaires est illimité.

#### Les compétences financières

Les pouvoirs financiers de l'assemblée nationale sont l'objet de multiples restrictions tant dans le domaine législatif que dans celui du budget.

Le pouvoir législatif des députés est sérieusement limité par la disposition (art. 107) qui stipule que les propositions de loi et les amendements ne doivent pas entraîner de modifications dans les recettes ou les dépenses de l'État, à moins d'être accompagnées d'une proposition d'augmentation de recettes ou d'économies équivalentes.

Si le parlement consent l'impôt et vote le budget, sa compétence en cette matière est limitée. Les constituants ont abordé le problème de l'initiative financière sous l'angle de l'équilibre ; récusant la pratique du "déficit spending" l'article 110 affirme "l'assemblée vote le budget en équilibre". La loi de finances doit être votée avant le 31 décembre sinon ses dispositions peuvent être mises en vigueur par voie d'ordonnances (art. 11).

#### Les pouvoirs de contrôle

En plus du contrôle indirect par le vote des lois et du budget, la constitution admet des pratiques - étrangères au principe de la séparation des pouvoirs et à l'esprit du régime présidentiel - inspirées du parlementarisme.

Le gouvernement et partant le président sont soumis au contrôle de l'assemblée nationale à laquelle ils sont tenus de fournir toutes les explications qui leur sont demandées sur leur gestion et leurs activités. Les moyens d'information et de contrôle de l'assemblée sur l'action gouvernementale sont très classiques : questions écrites, questions orales avec ou sans débat, mais non suivi d'un vote, commission parlementaire d'enquête, interpellation (art. 113). Le président - comme tout membre de son gouvernement - peut dans l'exercice de ses fonctions gouvernementales être interpellé par l'assemblée ; il est tenu de répondre par lui-même ou par l'un de ses ministres qu'il délègue spécialement. En la circonstance l'assemblée peut adopter une résolution pour faire des recommandations au gouvernement (art. 71). Sans doute ce contrôle n'emporte-t-il aucune sanction, et en tout cas pas la responsabilité du président ou de son gouvernement, mais il peut servir d'aiguillon. Toutefois la responsabilité pénale du président est susceptible d'être engagée en cas d'outrage à l'assemblée. Le refus de fournir une réponse à l'interpellation dans un délai de 30 jours constitue un outrage à l'assemblée (art. 73). Passé ce délai, le président de l'assemblée nationale saisit la Cour Constitutionnelle de ce manquement grave aux dispositions constitutionnelles. La Cour peut

contraindre le président à fournir des réponses à l'assemblée dans les plus brefs délais, et en tout cas avant la fin de la session en cours. À l'expiration de ce délai si aucune suite n'est donnée par le président à la décision de la Cour, il est déféré à la Haute Cour de Justice pour outrage à l'assemblée nationale (art. 77). Cette procédure progressive à double détente, apparaît comme destinée à inciter le président à respecter le parlement et à le dissuader de toute dérive autoritaire.

## 2 - L'établissement du règne du droit

L'instauration d'un État de droit constitue l'un des points fondamentaux destinés à rendre irréversible la rupture avec la dictature militaro-marxiste. Aussi la constitution d'une part énonce les droits et devoirs de la personne humaine, d'autre part offre les moyens d'en assurer le respect.

### *A - L'énonciation des droits et devoirs de la personne humaine*

Le constituant affirme dans le préambule la ferme volonté du peuple béninois de "retrouver le rôle de pionnier de la démocratie et de la défense des droits de l'homme qui furent naguère les siens et sa détermination de "créer un État de droit... dans lequel les droits fondamentaux de l'homme, les libertés publiques, la dignité de la personne humaine et la justice sont garantis et promus".

Le peuple Béninois réaffirme son attachement à deux grands textes internationaux : la déclaration universelle des droits de l'homme de 1948 et la Charte Africaine des droits de l'homme et des peuples de 1981. Au demeurant, ce second texte cesse d'être un simple idéal, un texte de référence, il est intégré dans la constitution et acquiert valeur de droit positif. Selon l'article 7 "ces droits et devoirs proclamés et garantis par la Charte Africaine des droits de l'homme... font partie intégrante de la présente constitution et du droit béninois" (35).

Force est de constater que les Béninois adhèrent à une philosophie inspirée de l'humanisme libéral ; l'intitulé du titre II "Des droits et des devoirs de la personne humaine" montre le souci des rédacteurs de se préoccuper des droits de l'homme en tant que personne humaine. Les droits civils et politiques, économiques et sociaux, énoncés et garantis par la constitution sont assortis, sous la forme d'un diptyque, de devoirs.

### Les droits de la personne humaine

Ainsi que l'annonce le Titre II la priorité est donnée à la personne humaine, garantie par la Constitution qui s'impose à tous. Selon l'article 8 "la personne humaine est sacrée et inviolable. L'État a l'obligation absolue de la respecter et de la protéger" ; et en vertu de l'article 15 "tout individu a le droit à la vie, à la liberté, à la sécurité et à l'intégrité de sa personne". Le constituant manifeste le souci de mettre fin à l'usage de la torture devenu habituel sous le régime militaro-marxiste : "Nul ne sera soumis à la torture, ni à des sévices ou traitements cruels, inhumains, ou dégradants" (art. 18), les individus ou les agents de l'État qui se rendraient coupables de tortures, soit de leur propre initiative soit sur instruction seront sanctionnés conformément à la loi, selon l'article 19, qui de surcroît prend soin d'exempter du devoir d'obéissance en cas d'ordre portant atteinte au respect des droits. Sont également reconnus et garantis la sécurité de la personne (art. 16) le droit à un

(35) L'article 7 qui alloue valeur constitutionnelle à la Charte Africaine est en contradiction avec le préambule qui semble l'attribuer également à la Déclaration universelle de 1948.

procès public et à une libre défense (art. 17), la non rétroactivité des lois pénales (art. 17), l'inviolabilité du domicile (art. 20), la liberté d'aller et de venir (art. 25). S'y ajoutent l'égalité sans discrimination de sexe, d'âge ou de religion (art. 26), le droit à la propriété (art. 22)...

Par ailleurs la constitution affirme la liberté de conscience, de pensée, d'expression, la liberté religieuse d'exercice des cultes dans le respect de la laïcité de l'État (art. 23) (36). Enfin la liberté de presse est protégée par une Haute Autorité de l'Audiovisuel et de la Communication (art. 24) (37). En dehors de ces droits et libertés de la personne humaine, le titre II porte également sur des droits économiques, sociaux et culturels : liberté syndicale, droit de grève (art. 31), droit à l'emploi, à l'éducation, à la formation professionnelle (art. 8). De surcroît le constituant Béninois développe avec abondance les droits dits de la "3<sup>e</sup> génération" qui impliquent fatalement un accroissement de pouvoir reconnu à l'État :

- le droit au développement : avec l'affirmation que "tout être humain a droit au développement et au plein épanouissement de sa personne dans ses dimensions matérielle, temporelle, intellectuelle et spirituelle" (art. 9) ; autrement dit le développement de tout homme et de tout l'homme.

- le droit à la culture est formellement proclamé : "Toute personne a droit à la culture. L'État a le devoir de sauvegarder et de promouvoir les valeurs nationales de civilisation tant matérielles que spirituelles ainsi que les traditions culturelles" (art. 10). Cela impose à l'État le devoir de définir et de pratiquer une politique culturelle fondée sur la volonté d'affirmation de l'identité culturelle.

- le droit à l'environnement : en vertu de l'article 27 : "toute personne a droit à un environnement sain, satisfaisant et durable et a le devoir de le défendre". À ce titre la gestion des déchets toxiques issus des industries nationales est réglementé par la loi (art. 28) et l'importation de déchets provenant de l'étranger est condamnée en tant que crime contre la nation (art. 29).

#### Les devoirs

La constitution énumère une longue série de devoirs de l'individu :

- Le devoir de respecter en toute circonstance la constitution et l'ordre constitutionnel établi, ainsi que les lois et les règlements de la République (art. 34) - le devoir de défendre la nation et l'intégrité du territoire (art. 32) - le devoir de travailler pour le bien commun, de remplir toutes ses obligations civiques et professionnelles et de s'acquitter de ses contraventions fiscales (art. 33) - le devoir de conscience professionnelle pour les fonctionnaires et les élus à une fonction publique (art. 35) - le devoir de probité, à savoir respecter et protéger les biens publics : "tout acte de sabotage, de vandalisme, de détournement, de corruption, de dilapidation de l'enrichissement illicite est réprimé dans les conditions prévues par la loi" (art. 37). Un bien fragile barrage contre la corruption qui sévit à l'état endémique

(36) La Constitution Béninoise proclame la laïcité de l'État ; ce qui ne l'empêche pas de faire commencer le serment, que le président de la République doit prononcer avant d'entrer en fonction, comme suit "Devant Dieu, les Mânes des Ancêtres..."

(37) Le titre VIII est consacré à la Haute Autorité de l'Audiovisuel et de la communication. Cet organe constitutionnel - imité de la France - a pour mission de garantir la liberté et la protection de la presse, ainsi que tous les moyens de communication. Il veille aussi au respect de la déontologie en matière d'information et à l'accès équitable des partis politiques et des citoyens aux moyens officiels d'information et de communication (art. 142). Son président est nommé, après consultation du Président de l'assemblée nationale, par décret pris en conseil des ministres (art. 143).

au Bénin - et enfin le devoir de non-discrimination à l'égard de ses semblables (art. 36).

Les devoirs sont aussi ceux de l'État ; ils contribuent à renforcer les droits énoncés par la constitution. À défaut, nombre de dispositions du titre II sont condamnées à demeurer de simples déclarations dépourvues de signification. Innovant, le constituant béninois confie à l'État une mission pédagogique. L'information joue en effet, un rôle essentiel ; tout ce qui peut renseigner l'homme sur ses droits, sur les dangers qu'ils courent, inciter à se montrer vigilant sur leur respect, contribue à leur défense et à leur promotion. Dans cet esprit, l'article 40 impartit à l'État le devoir - d'assurer la diffusion et l'enseignement de la Constitution, de la déclaration universelle de 1948 - de la Charte Africaine de 1981 - d'intégrer les droits de la personne humaine dans les programmes d'alphabétisation et d'enseignement, dans les programmes de formation des forces armées et des forces de sécurité publique - et enfin d'assurer dans les langues nationales (celles que parlent et comprennent les béninois) par les moyens de communication de masse, la diffusion et l'enseignement des droits.

La Constitution Béninoise n'est pas seulement porteuse de droits, elle se soucie d'en garantir le respect.

### *B - Les mécanismes de garantie des droits et libertés*

Parallèlement aux institutions proprement dites, des mécanismes de contrôle des normes juridiques et de protection des individus sont mis sur pied pour empêcher le retour d'une dictature. Les droits et libertés doivent être protégés par un pouvoir judiciaire indépendant et par un contrôle de constitutionnalité des normes.

#### a - Un pouvoir judiciaire indépendant

La Constitution consacre son titre VI au pouvoir judiciaire et son article 125 proclame que "le pouvoir judiciaire est indépendant du pouvoir législatif et du pouvoir exécutif". Il est exercé par la Cour Suprême et les tribunaux. Les magistrats nommés par le Président de la République sur proposition du Garde des Sceaux, et après avis du Conseil Supérieur de la Magistrature, sont inamovibles. Ils ne sont soumis dans l'exercice de leurs fonctions qu'à l'autorité de la loi (art. 126).

La Cour Suprême incarne en quelque sorte le pouvoir judiciaire (38) ; elle est la plus haute juridiction de l'État en matière administrative, judiciaire et des comptes de l'État. Comme il est fréquent en Afrique Noire, la Cour rassemble en son sein une chambre judiciaire, une chambre administrative et une chambre des comptes, mais ne comporte plus - à la différence des constitutions de 1960, 1964 et 1968 - de chambre constitutionnelle. Les décisions de la Cour Suprême ne sont susceptibles d'aucun recours. Elles s'imposent au pouvoir exécutif, au pouvoir législatif ainsi qu'à toute juridiction. Entorse au principe de la séparation des pouvoirs ; la Cour Suprême exerce un rôle consultatif pour le gouvernement et le chef de l'État (art. 132).

---

(38) Le titre VI "du pouvoir judiciaire" traite de l'instance judiciaire supérieure, mais assez curieusement traite de la Haute Cour de Justice, organe chargé de ce que l'on dénomme communément la justice politique.

### b - Un contrôle de constitutionnalité des normes

La constitution est la norme suprême fondamentale, toutes les autres règles se réfèrent à elles. L'article 3 affirme la supériorité de la constitution, loi suprême de l'État : "Toute loi, tout texte réglementaire et tout acte administratif contraire à ses dispositions sont nuls et non avenue". Cette hiérarchisation normative s'accompagne de mécanismes permettant une sanction des actes des pouvoirs publics. La Constitution organise en effet un contrôle de constitutionnalité, confié par l'article 144 à une Cour constitutionnelle qualifiée de "plus haute juridiction de l'État en matière constitutionnelle". Et ce, en rupture avec les constitutions précédentes qui - comme dans la plupart des États Africains francophones - confiait le contrôle à l'une des quatre chambres spécialisées de la Cour Suprême : la chambre constitutionnelle (39).

La Cour est composée de sept membres nommés par un mandat de cinq ans, renouvelable une fois. Quatre sont nommés par le bureau de l'Assemblée Nationale - trois par le Président de la République ; ils doivent satisfaire à des exigences de compétence juridique et "de bonne moralité et d'une grande probité".

Le président de la Cour est élu pour 5 ans par ses pairs et exerce des compétences personnelles (40). La Cour reçoit de l'article 144 une triple mission, inspirée de celle du Conseil Constitutionnel français : elle est juge de la constitutionnalité des lois - garante des droits fondamentaux de la personne humaine et des libertés publiques - régulatrice du bon fonctionnement des institutions et de l'activité des pouvoirs publics (41). Dans le cadre de cette mission la cour statue d'abord obligatoirement sur la constitutionnalité des lois organiques (art. 97) - des règlements intérieurs de l'Assemblée nationale, du Conseil Économique et Social, de la Haute Autorité de l'audiovisuel, avant leur mise en application - des lois et de tout texte réglementaire censés porter atteinte aux droits fondamentaux de la personne humaine et aux libertés publiques. Elle statue ensuite facultativement sur la constitutionnalité des lois ordinaires - des traités internationaux avant leur ratification (42). Enfin elle donne son avis sur les ordonnances avant leur passage en conseil des ministres.

En revanche, les conditions de saisine et les voies de recours sont plus largement ouvertes qu'en France. Les pouvoirs publics ne sont pas seuls habilités par la constitution à en faire respecter les dispositions (le Président de la République, ou un député peuvent saisir la Cour de tout texte de loi avant promulgation) ; le citoyen béninois dispose aussi de voies de recours. En effet, au titre de l'article 122 tout citoyen peut saisir la Cour constitutionnelle sur la constitutionnalité des lois, soit directement, soit par la procédure de l'exception d'inconstitutionnalité invoquée dans une affaire qui le concerne devant une juridiction ; celle-ci doit surseoir jusqu'à la décision de la Cour qui doit intervenir dans un délai de trente jours. De surcroît l'article 3 affirme que "tout citoyen a le droit de se pourvoir devant la Cour contre les lois, textes et actes présumés inconstitutionnels". Cette procédure d'action directe est

(39) C. 1960 : art. 57 - C. 1964 : art. 85 - C. 1968 : art. 86.

(40) En vertu de l'art. 119 le président de la Cour est compétent pour recevoir le serment du Président de la République - donner son avis au Président en cas de recours au référendum et dans les cas de recours aux pouvoirs exceptionnels de l'article 68 - assurer l'intérim de Président dans le cas de mise en accusation devant la Haute Cour de Justice.

(41) A ce titre elle veille à la régularité du référendum et des élections présidentielles et législatives.

(42) Selon l'article 146 si la Cour déclare qu'un engagement international comporte une clause contraire à la constitution, l'autorisation de le ratifier ne peut intervenir qu'après la révision de la constitution.

analogue à celle de l'amparo, que l'on rencontre dans certains États d'Amérique Latine (Mexique) ou encore en Espagne (Constitution 1978 Art. 161 b).

Les décisions de la Cour ne sont susceptibles d'aucun recours. Elles s'imposent aux pouvoirs publics, et à toutes les autorités civiles, militaires et juridictionnelles (art. 124). Étant habilitée à annuler sur l'action de tout citoyen, les actes tant de l'exécutif que du législatif, la Cour Constitutionnelle est donc censée arrêter le pouvoir. Mais l'État de droit ne pourra faire ses preuves que si les citoyens eux-mêmes utilisent les voies de recours qui leur sont ouvertes contre les atteintes à la règle de droit.

La Constitution porte donc en germe le régime du droit, même si dans la pratique l'État de droit s'instaure difficilement et lentement.

L'installation des institutions a eu lieu, comme prévue, au terme de la période de transition. Les électeurs Béninois ont d'abord désigné en février 1991 une assemblée ; la représentation proportionnelle a traduit ses effets pervers : vingt et un partis se partagent les 64 sièges, aucun d'eux ne dispose d'une majorité claire et cohérente. Les élections présidentielles de mars 1991 ont constitué le dernier épisode. Au premier tour 16 candidats se sont affrontés (taux de participation 56,32 %). Nicephore Soglo, le premier ministre de transition devançant l'ancien président M. Kerekou. Au second tour N. Soglo l'emportait nettement avec 67,6 % des suffrages ; M. Kerekou est ainsi le premier militaire africain ayant réussi un coup d'État, à être éliminé par les électeurs après un long règne musclé.

L'institutionnalisation, réalisée au terme de la période de transition n'implique en aucune manière l'enracinement des dites institutions. Il ne suffit pas que certaines éminences grises aient troqué la fréquentation du marxisme-léninisme contre celle de Montesquieu ou des constitutionnalistes modernes. Il faut un apprentissage et une pratique qui ne s'acquiert pas du jour au lendemain. La première interrogation sur la nouvelle démocratie Béninoise concerne deux points cruciaux.

- D'une part sa gouvernabilité : les partis capables de faire fonctionner un tel système font défaut. Poussé par le vent de la liberté a surgi un foisonnement de formations politiques qui s'entre-déchirent et n'ont pas vraiment de programme. Dans la mesure où la démocratie n'aboutirait qu'à un système politique instable et inefficace, la population pourrait se détourner de l'idée démocratique.

- D'autre part son enracinement dans la société : il faut reconnaître que le Bénin manque cruellement d'une culture démocratique, tout simplement parce que la démocratie n'a jamais existé. Son enracinement demande une application longue et difficile qui ne fait que commencer. Or les Béninois attendent non seulement des réformes politiques mais également un mieux être social et économique ; ils ne comprendraient pas que son avènement coïncide avec l'aggravation des conditions de vie. Il ne sert à rien d'établir un régime politique pluraliste et représentatif si c'est pour le voir s'effondrer à échéance plus ou moins brève, tant du fait des erreurs des dirigeants que de la désillusion d'une population qui exige l'impossible.

# À TRAVERS LES DÉBATS PARLEMENTAIRES : LE CONCEPT DE SOUVERAINETÉ ENTRES DIFFÉRENCES ET RÉPÉTITIONS

Par

Pierre BRUNET

*D.E.A. de Droit public (Université de Paris I)*

À l'instar de la coutume, la souveraineté fait partie de ces notions qui hantent le droit constitutionnel parce que leur définition provoque des discussions infinies chez les juristes, discussions qui n'expriment bien souvent que l'idéologie des protagonistes. Les parlementaires en ont fait l'expérience lors du débat de mai-juin 1992 sur la révision de la Constitution où l'on a vu s'affronter deux conceptions bien distinctes de la souveraineté qui, comme on pouvait le prévoir, résultaient d'un choix politique préalable quant à la ratification du traité sur l'Union européenne signé à Maastricht par les chefs d'État et de gouvernement le 7 février 1992.

On le sait, ce débat s'est ouvert à la suite de la décision du Conseil constitutionnel du 9 avril selon laquelle la ratification de ce traité devait être précédée d'une révision de la Constitution (1). Sans entrer dans le détail de l'argumentation, on se bornera à rappeler que ce dernier a considéré que trois dispositions du traité posaient problème : une est contraire à la Constitution et deux autres portent atteinte aux «conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale». Il s'agit respectivement de l'article 8 B paragraphe 1 prévoyant le droit de vote et d'éligibilité des ressortissants européens aux élections municipales, de plusieurs dispositions du titre II établissant d'une politique monétaire et de change unique, enfin de la politique commune des visas à l'égard des pays tiers décidée par le Conseil des communautés à l'unanimité.

Pour des raisons bien compréhensibles, le débat parlementaire est resté fort proche de la décision citée. On peut néanmoins constater une grande divergence de vues quant à la conception de la souveraineté entre les groupes et parfois même en leur sein. En effet, dans un tel débat, les choix politiques pèsent de manière considérable sur les concepts juridiques qu'il faut nécessairement définir. Une analyse

---

(1) D. C. n° 92-308 DC, C. C., 9 avril 1992, *Traité sur l'Union européenne* (JO, 11 avril 1992).

des conceptions de la souveraineté dans le débat parlementaire aujourd'hui peut alors être effectuée selon deux points de vue, à notre sens complémentaires. D'une part, il est possible de déterminer la conception de la souveraineté à laquelle se sont ralliés les orateurs en fonction de leurs choix politiques donc des contraintes juridiques qu'ils impliquent (2) ; mais l'on peut également adopter un second point de vue, plus général, qui s'intéressera uniquement aux conceptions de la souveraineté mises en œuvre par les parlementaires. Or, ces conceptions interviennent en réponse à des problèmes précis qui résultent de l'utilisation du concept même de souveraineté. C'est ce second point de vue que nous retiendrons ici.

Les interprétations et utilisations du concept de souveraineté oscillent entre différences et répétitions : des définitions qui correspondent à des problèmes anciens sont à nouveau utilisées pour résoudre des problèmes différents et donc se modifient au fur et à mesure que le problème devient plus perceptible. En effet, tandis que les uns souhaitent concilier le principe de la souveraineté avec les nécessités de l'intégration communautaire ; les autres, excluant toute forme de supériorité du droit communautaire sont amenés à élaborer un concept de souveraineté le plus rigide possible. C'est la raison pour laquelle le terme de souveraineté est utilisé dans l'une ou l'autre de ces deux acceptions, chacune concernant deux problèmes distincts à savoir, l'indivisibilité ou l'inaliénabilité de la souveraineté.

Enfin, certains réclamant que la révision soit adoptée au référendum, d'autres voulant affirmer la souveraineté du peuple français, le débat a concerné plus directement l'interprétation de l'article 3 de la Constitution et donc la question de la souveraineté du peuple par rapport à la souveraineté nationale.

## I - LA SOUVERAINÉTÉ INALIÉNABLE ET INDIVISIBLE

Le dogme de la souveraineté inaliénable et indivisible est repris par les parlementaires mais l'argumentation relève de deux problématiques différentes : la première concerne la conciliation possible entre une souveraineté indivisible et des transferts de compétences considérées comme des attributs essentiels de la souveraineté par le Conseil constitutionnel, la seconde touche à la question des rapports entre le droit international et le droit interne.

D'une part, on peut être tenté de reprendre les distinctions établies par Carré de Malberg (3) et, d'autre part, il est possible de les refuser pour considérer la souveraineté comme un tout. La question se pose de savoir si ces deux notions d'un même concept justifient la même règle et produisent les mêmes effets : choisir de définir la souveraineté comme un tout sert sans doute à résoudre un autre problème que celui de son indivisibilité.

Dans les deux cas, on procède à une interprétation de l'expression désormais employée par le Conseil constitutionnel qui a établi une hiérarchie et admis que certaines compétences relevaient des « conditions essentielles d'exercice de la

(2) C'est le point de vue choisi par M. Troper dans son article "L'Europe et les principes", *Droit et Société*, 1992 (à paraître).

(3) Carré de Malberg distingue trois notions, qui expriment selon lui, les trois termes allemands : *Souveränität*, qui désigne la puissance étatique, indépendante de toute autre puissance ; *Staatsgewalt*, qui "désigne la puissance d'État, en tant que celle-ci consiste en pouvoirs effectifs" ; enfin, le terme *Herrscher*, sert à désigner la souveraineté d'un organe, la puissance d'un organe de l'État par rapport aux autres. Il décide alors d'intégrer ces distinctions dans la langue française. Ainsi, le mot de souveraineté ne sera utilisée que pour parler de la puissance superlative de l'État, tandis que le terme de puissance d'État désignera « non plus la qualité suprême du pouvoir des États souverains, mais ce pouvoir lui-même. » (*Contribution à la théorie générale de l'État*, Paris, Sirey, 1920, rééd. CNRS, 1962, I, p. 86).

souveraineté nationale». Or, si chacune de ces interprétations part du même principe que la souveraineté est au-dessus de la Constitution, les implications que les uns et les autres envisagent sont bien différentes.

#### A - La conciliation de la souveraineté et des transferts de compétences

Pour opérer cette conciliation M. Michel Vauzelle, garde des sceaux, procède en deux temps :

*«S'agissant de l'ensemble des transferts de compétence, je désire souligner ici solennellement... qu'il n'y a là aucune atteinte au principe fondamental de la souveraineté nationale. La souveraineté de la France est inaliénable, imprescriptible, incessible et indivisible... Il ne peut y avoir transfert, c'est-à-dire cession de la souveraineté d'un État. Il ne peut pas davantage y avoir cession d'une partie de la souveraineté, car la souveraineté est indivisible. La souveraineté est un principe supérieur à la Constitution. De même, le peuple souverain détient le pouvoir constituant lui-même supérieur à la Constitution qu'il peut réviser ou abolir à sa guise. De même encore, le peuple souverain peut, en toute souveraineté, délimiter l'espace où s'exerce sa souveraineté. Le peuple peut donc parfaitement consentir à une "autolimitation". Mais il y a dans ce consentement —qui ne sent la différence ?—tout autre chose qu'un abandon» (4).*

Ainsi, le ministre utilise la souveraineté au sens de puissance d'État car le problème, pour lui, n'est pas de donner une définition de la souveraineté mais d'en garantir l'un des caractères, en l'espèce son indivisibilité. La seule solution est de montrer que la souveraineté contient des compétences qui, en tant que telles, n'ont rien à voir avec la souveraineté. Cette dernière est au-dessus de la Constitution mais non les compétences qui en découlent : on ne peut transférer la souveraineté ni entièrement, ni partiellement, mais seulement les parties qui la composent.

La césure qui se produit au sein des diverses significations que le concept de souveraineté peut recevoir aboutit à valoriser la compétence au détriment de la puissance, notion abstraite et allant de soi.

Puis, le garde des sceaux ajoute :

*«J'en finirai avec ce débat... en soulignant que deux très grandes traditions s'y rejoignent en parfait accord... : d'une part, la tradition des juristes allemands du XIXème siècle pour qui l'État exerce la "compétence de sa compétence" en délimitant l'objet de sa souveraineté ; d'autre part, la tradition... du "contrat social", qui souligne que la souveraineté n'est pas divisible dans son principe» (5).*

On peut, pour ce qui concerne la doctrine allemande et sa réception en France, se référer à nouveau à Carré de Malberg et prolonger l'analyse. Cherchant à savoir si la souveraineté est un élément essentiel de la puissance d'État —compte tenu des distinctions établies précédemment— l'auteur de la *Contribution...* s'intéresse au cas de l'État fédéral. Ce dernier se distingue des États membres de la fédération, essentiellement en ce qu'il «appartient à cet État de déterminer sa propre compétence par lui-même et d'une façon illimitée. Non seulement l'État fédéral possède la "compétence de la compétence" selon l'expression des auteurs allemands..., mais encore il a le pouvoir de l'étendre indéfiniment (. . .)» (6).

(4) *J.O.*, n° 23 (1) A.N. (C.R.), p. 845.

(5) *Ibid.*

(6) *Contribution...* *l. op. cit.*, note 3, p. 125.

En reprenant la seule notion de compétence appliquée à l'État unitaire, le garde des sceaux modifie le contenu même du concept de souveraineté : ce dernier ne consiste plus en la puissance superlative de l'État, ni même en certaines compétences que l'on pourrait énoncer *a priori*, mais en la faculté de déterminer *a posteriori* quelles sont les compétences que l'État peut exercer donc, *a contrario*, celles auxquelles il peut renoncer. En somme, être souverain, c'est être libre de choisir. Quelles que soient les compétences en cause, leurs transferts ne peuvent empêcher l'exercice de cette faculté.

Cette conception que l'on peut rattacher à Carré de Malberg, constitue une interprétation de la décision du Conseil constitutionnel. En effet, la souveraineté est entendue au sens large et définie à partir des conditions de son exercice, autrement dit, des compétences. Si certaines sont plus importantes que d'autres, aucune ne sera au-dessus de la «compétence de la compétence» puisque cette dernière est supérieure à la Constitution.

D'autres orateurs reprendront cette conception, au risque même de prolonger ou de radicaliser la dissociation entre «souveraineté» et «compétence». Ainsi, Alain Lamassoure (UDF) considère que :

*«La différence qui existe entre la souveraineté et la compétence, c'est la différence entre ce que nous faisons aujourd'hui, exceptionnellement, à l'Assemblée nationale, et notre activité ordinaire de législateur. C'est la différence entre la Constitution et la loi» (7).*

Ce raisonnement revient à dire que la souveraineté consiste à déterminer l'exercice des compétences, qu'il ne s'agit pas d'une qualité attachée à l'État, mais d'une forme supérieure de compétences. Si celle-ci est propre à la Nation et ne peut faire l'objet d'un transfert, toute compétence qui en résulte —dont la compétence monétaire par exemple—, peut se voir attribuée à une entité distincte de la nation.

Ceci conduit à s'intéresser à l'autre problème posé par le concept de souveraineté, celui de son inaliénabilité.

## **B - La souveraineté inaliénable : le problème de la liberté d'action de l'État**

Lorsque les opposants au traité s'expriment sur les transferts de souveraineté, ils posent davantage le problème de la relation entre le droit étatique et le droit communautaire qui fait l'objet d'une double appréciation. Philippe Séguin à l'Assemblée nationale, Charles Pasqua au Sénat, et les communistes avec eux, contestent la primauté du droit communautaire sur le droit étatique. Les parlementaires de l'opposition favorables au traité insistent, pour leur part, sur la nécessité d'une conception de la souveraineté limitée par le droit international.

### *1) La souveraineté comme puissance étatique ne se limite pas*

Philippe Séguin (RPR), opposant affirmé au traité de Maastricht, adoptera une position inverse de celle du gouvernement et qui répond à la nécessité de rendre impossible tout transfert :

*«... le projet de loi viole, de façon flagrante, le principe en vertu duquel la souveraineté est inaliénable et imprescriptible... Il est de bon ton aujourd'hui de disserter à l'infini sur la signification même du concept de souveraineté, de le découper en menus morceaux, d'affirmer qu'il admet de multiples exceptions, que la*

(7) J.O., n° 24 (2) A.N. (C.R.), p. 927.

*souveraineté monétaire ce n'est pas du tout la même chose que l'identité collective, laquelle ne courrait aucun risque... La méthode est habile. En présentant chaque abandon parcellaire comme n'étant pas en soi décisif, on peut se permettre d'abandonner un à un les attributs de la souveraineté sans jamais convenir qu'on vise à la détruire dans son ensemble... On va bel et bien vider la souveraineté de son contenu. Car il s'agit là d'une notion globale, indivisible comme un nombre premier. On est souverain ou on ne l'est pas ! mais on ne l'est jamais à demi. Par essence, la souveraineté est un absolu qui exclut toute idée de subordination et de compromission... La souveraineté, cela ne se divise pas ni ne se partage et, bien sûr, cela ne se limite pas» (8).*

Ce faisant, l'orateur utilise le terme de souveraineté dans son sens de puissance superlative ou de puissance étatique et se refuse à y distinguer des compétences. À ce moment du débat, il ne parle déjà plus de la même souveraineté que celle du garde des sceaux car il traite d'un autre problème, non pas de l'indivisibilité de la souveraineté, mais de son inaliénabilité, autrement dit, de la liberté d'action de l'État par rapport au droit international. Tout comme le garde des sceaux, il est obligé de poser que la souveraineté est un principe supérieur à la Constitution, et cela pour les mêmes raisons : une révision de la Constitution ne saurait remettre en cause un droit naturel :

*«Il existe en effet, au-dessus même de la charte constitutionnelle, des droits naturels, inaliénables et sacrés, à savoir pour nous les droits de l'homme et du citoyen tels qu'ils ont été définis par la Déclaration de 1789» (9).*

Sans doute est-ce là une des critiques les plus nettes contre l'idée de souveraineté comme «compétence de la compétence», mais il faut bien voir que cette critique est faible dans la mesure où elle manque sa cible. Voulant affirmer la primauté du droit étatique sur le droit communautaire, la seule solution possible est d'opposer une souveraineté absolue qui traduit en fait une certaine lecture des rapports entre le droit étatique et le droit dérivé des traités communautaires. Aussi, lui est-il nécessaire de poser que la souveraineté est supérieure à la Constitution —ce qui ne surprend personne puisque le garde des sceaux a fait de même dans son premier discours. Philippe Séguin peut en déduire que, supérieure à la Constitution, la souveraineté l'est également aux traités donc, que nul traité ne saurait la limiter. On se trouve en présence d'une seconde interprétation de la décision du Conseil, selon laquelle, il existe des conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale sans lesquelles il n'y a plus de souveraineté du tout.

Si ce raisonnement peut convaincre en apparence, la souveraineté en question n'est rien de plus qu'une hypothèse, comme l'a fort bien montré Kelsen. En effet, ce dernier distingue deux conceptions opposées des relations entre le droit étatique et le droit international (10). Dans l'une, la validité du droit international est envisagée à partir du droit étatique, de l'ordre juridique interne, c'est-à-dire qu'à la question de savoir quel est le fondement de validité du droit international, on répond par la reconnaissance du droit international par cet État. Il y a donc, au principe même de la question, l'idée de la souveraineté de l'État :

*«Cette souveraineté de l'État est le facteur décisif pour l'acceptation de l'ordre juridique étatique. Cette souveraineté n'est pas une qualité d'un objet réel que l'on pourrait percevoir ou reconnaître objectivement de quelque autre façon ; elle n'est qu'une hypothèse : l'hypothèse qu'un ordre normatif est un ordre suprême, dont la*

(8) *J.O.*, n° 23 (2) A.N. (C.R.), p. 863 et 865.

(9) *Ibid.*, p. 863.

(10) Cf. *Théorie pure du droit*, trad. fçse Ch. Eisenmann, Paris, Dalloz, 1962, pp. 436-449.

*validité ne peut être déduite d'aucun ordre supérieur... La question de savoir si un État est souverain est la question de savoir si l'on suppose que l'ordre juridique étatique est l'ordre suprême...».*

La position de Philippe Séguin consiste donc en un refus de considérer le droit communautaire comme supérieur au droit interne. Cependant, on peut interpréter son affirmation selon laquelle la souveraineté ne se limite pas de deux manières : soit il prescrit et alors ce n'est ni vrai ni faux, c'est un point de vue normatif ; soit, il décrit une réalité et dans ce cas on peut tenter de démontrer que cet énoncé est faux—ou vrai.

Dans le second cas, Kelsen a déjà répondu pour nous :

*«De l'idée que le droit international ne vaut que grâce à sa reconnaissance par l'État... ou, —ce qui est la même chose—, du fait que l'État est souverain, on conclut que l'État n'est pas nécessairement lié aux traités qu'il a conclus... Le raisonnement est cependant faux... Il n'y a aucune incompatibilité entre le fait que la souveraineté de l'État ne serait pas limitée par aucun droit international supérieur à lui et le fait qu'en reconnaissant le droit international en exercice même de sa souveraineté... il limiterait lui-même sa souveraineté, —et ici ce mot signifie : sa liberté d'action... À la question de savoir jusqu'à quel point cette souveraineté de l'État souverain est susceptible d'être limitée par le droit international reconnu par lui, on ne peut tirer la question que du contenu du droit international lui-même, elle ne se laisse pas déduire de la notion de souveraineté» (11).*

Le point de vue de Philippe Séguin ne fait que traduire une certaine conception anthropocentrique des rapports entre deux systèmes de normes, point de vue qui, en dernier ressort ne peut pas se fonder sur le droit étatique. Il sera suivi dans cette voie par de nombreux députés RPR parmi lesquels Pierre Mazeaud, Nicole Catala, Michèle Alliot-Marie ou encore Jean-Louis Debré pour qui :

*«...de transfert de compétences en transfert de compétences, on finit par aliéner sa souveraineté ; [ce traité] prive la France et les autres États signataires de leur souveraineté en matière monétaire, prémices de leur abandon de toute velléité d'avoir une action économique, diplomatique et militaire propre...» (12).*

Au Sénat, Charles Pasqua (RPR) reprend un raisonnement similaire :

*«Mes chers collègues, la vérité oblige à le dire, ce que le gouvernement nous imposera de faire, par ce détour qu'il prétend innocent, c'est en fait de soumettre notre droit constitutionnel au droit communautaire. C'est cela qui surviendra en réalité !» (13).*

Dans le même sens, Yves Guéna (RPR) résume la situation d'un mot :

*«Nous restons disposés à poursuivre la coopération européenne. Mais, je le dis, Maastricht est cousu de ce maléfique fil noir de la supranationalité que nous n'avons jamais admis» (14).*

La revendication principale consiste alors, logiquement, en un retour de la primauté du droit étatique. C'est en ces termes que Pierre Mazeaud expose le problème à l'Assemblée :

*«Le renversement de jurisprudence, qui a été opéré par l'arrêt *Nicolo* et confirmé par l'arrêt *Boisdet*, a les conséquences les plus graves dans la mesure où il porte atteint à la fois à la souveraineté nationale, à celle de la loi... et, finalement, à l'équilibre de nos institutions... C'est tout à fait contraire à nos principes» (15).*

(11) *Ibid.*, p. 449.

(12) *J.O.*, n° 24 (3) A.N. (C.R.), p. 977.

(13) *J.O.*, n° 41 S. (C.R.), p. 1433.

(14) *J.O.*, n° 44 S. (C.R.), p. 1489.

(15) *J.O.*, n° 26 (3) A.N. (C.R.), p. 1054.

Face à cette conception, existe une voie intermédiaire, qui, sans aller jusqu'à admettre la supériorité du droit international, ne s'oppose pas à l'idée d'une limitation de la souveraineté de l'État, donc de sa liberté d'action. À cet égard, il convient d'étudier un autre type d'arguments, utilisés par les partisans du traité, qui consiste en une distinction entre la «souveraineté formelle» ou «légale» et la «souveraineté réelle».

## 2) La liberté d'action de l'État est déjà limitée

Cette position est défendue par Gérard Gouzes (PS), président de la Commission des lois et rapporteur du projet, et Raymond Barre (UDF). Le premier, ayant relevé que les transferts de compétences consentis n'avaient pas une portée générale, note :

*«Ainsi, le projet de loi constitutionnelle qui nous est soumis répond... exactement aux problèmes soulevés par le Conseil constitutionnel dont il ne convient, en fin de compte, ni de nier l'existence ni d'en exagérer la portée. À ceux qui dramatisent ce débat, je dirai : "Prenons garde de ne pas nous arc-bouter sur une souveraineté légale qui n'aurait bientôt plus qu'un lointain rapport avec la souveraineté réelle» (16).*

Quant au second, il considère que :

*«Rien n'est plus nécessaire aujourd'hui que de distinguer la souveraineté formelle des nations de leur souveraineté réelle. Le réseau des forces mondiales dans lequel chaque pays est inséré soumet à de telles contraintes et limitations de fait l'exercice de la souveraineté nationale formelle que seule la mise en commun par plusieurs pays de certaines compétences nationales d'ordre régalien —la monnaie, la sécurité, la défense— redonneront à ceux-ci une marge de manœuvre et une possibilité d'influence» (17).*

Une position plus radicale encore fut adoptée par quelques uns. C'est le cas de Patrick Devedjian (RPR) :

*«La souveraineté monétaire, en pratique, c'est le droit de faire varier la parité de sa monnaie et rien d'autre... on ne peut que condamner l'absolutisme de la souveraineté : la souveraineté ne peut être que limitée car le droit naturel s'applique même au peuple qui n'a pas tous les droits» (18).*

Cependant, un examen rapide du droit communautaire apporterait la preuve contraire, il suffit pour cela de se référer aux décisions de la Cour de justice des communautés européennes (19). Devant un certain état du droit, deux attitudes ont été adoptées : l'une a consisté en une prise en compte du droit et l'autre en une interprétation des faits. Or, l'une comme l'autre ont des conséquences, emportent des effets. On a vu ce qu'il en était de la première ; quant à la seconde, elle consiste en une multiplication des souverainetés. D'un point de vue juridique, il n'est pas nécessaire de distinguer entre une souveraineté formelle et une autre réelle : la souveraineté est ce que le droit international l'a fait être, autrement dit, une fois que l'on reconnaît les effets du droit international, il faut admettre que ce dernier peut limiter la liberté d'action de l'État au point de la faire disparaître. C'est ce que voyait fort bien Kelsen qui semble aujourd'hui bien actuel :

(16) *J.O.*, n° 23 (1) A.N. (C.R.), p. 848.

(17) *J.O.*, n° 24 (2) A.N. (C.R.), p. 937.

(18) *J.O.*, n° 24 (3) A.N. (C.R.), p. 972-973.

(19) Cf., par exemple, C.J.C.E., 5 février 1964, *Van Gend en Loos*, aff. 26/62, Rec. p. 3 et s. ; 15 juillet 1964, *Costa c/ Enel*, aff. 6/64, Rec. p. 1141 et s., et 13 février 1969, *Walt Wilhelm*, aff. 14/68, Rec. p. 1 et s.

*«Par traité international pourrait être créée une organisation internationale qui serait centralisée à un point tel qu'elle aurait elle-même le caractère d'un État, de sorte que les États contractants qui en font partie perdraient, eux, ce caractère d'État qu'ils avaient antérieurement» (20).*

Outre les questions qui s'attachent à la souveraineté indivisible et inaliénable, les parlementaires opposés au traité insistent sur le fait que la souveraineté nationale appartient au peuple, conformément à l'article 3 de la Constitution de 1958. Le débat porte alors sur la question de la souveraineté nationale par opposition à la souveraineté populaire.

## II - LE PROBLÈME POSÉ PAR L'ARTICLE 3 DE LA CONSTITUTION DE 1958

On peut, dans un débat comme celui qui s'est déroulé, se servir de l'article 3 pour affirmer la supériorité de la souveraineté à la Constitution. Mais, deux interprétations différentes ont été proposées de cet article, chacune correspondant à deux positions opposées quant au but poursuivi.

### A - La souveraineté appartient au peuple

Un autre argument qui permet de refuser tout transfert de souveraineté se fonde sur le concept particulier de souveraineté populaire. Or, avec la Constitution de 1958, la question se pose —et ce régulièrement— de savoir si la souveraineté appartient plutôt au peuple ou plutôt à la nation étant donné l'ambiguïté de l'article 3. On connaît l'enjeu de la question : il s'agit de savoir si les constitutions françaises sont fondées sur l'un ou l'autre principe, le premier justifiant la démocratie directe, le second, le régime représentatif. En règle générale, la doctrine a considéré qu'il y avait, en 1958, une conciliation entre les deux principes.

Les parlementaires, quant à eux, se sont servis de l'article 3 pour justifier le principe selon lequel une révision de la Constitution qui engage la souveraineté du peuple ne peut être décidée que par le peuple et non par ses représentants. Ce faisant, ils ont utilisé la notion de souveraineté au sens de souveraineté de l'organe : le peuple étant un l'organe de l'État auquel seul appartient le pouvoir constituant. Le problème visé ne concernait ni les compétences en cause, ni la limitation de l'action de l'État, mais plutôt le droit des représentants à décider pour le peuple. Autrement dit, les représentants ne disposent pas, selon cette conception, du pouvoir constituant. Ainsi, Jacques Brunhes (PCF) :

*«La souveraineté est à l'origine de toute norme juridique. C'est un principe supérieur qui ne peut être subordonné à aucun autre. Elle est donc inaliénable, et le peuple, qui en est le détenteur exclusif, ne peut en être dépossédé d'aucune manière» (21).*

Il cite alors l'article 3 de la Déclaration de 1789 et celui de la Constitution de 1958 et conclut :

*«La souveraineté appartient toujours au peuple, et à lui seul, même s'il peut en déléguer l'exercice. En tant que représentants du peuple, nous ne pouvons, ni moralement, ni légalement, le déposséder de ce qui lui appartient exclusivement. Les citoyens devraient donc décider de transferts de souveraineté, par la seule voie possible, celle du référendum».*

(20) *Op. cit.*, p. 449.

(21) *J.O.*, n° 24 (2) A.N. (C.R.), p. 938-939.

On retrouve là l'idéologie du *Contrat social*, selon laquelle, la souveraineté —en tant que volonté constituante— est antérieure à la constitution donc antérieure à l'État. Toute modification de la constitution apparaît donc comme une modification du pacte social qui justifie une décision par le peuple.

Une autre interprétation de l'article 3 a été proposée par le gouvernement et les partisans du traité, afin de justifier une révision par les représentants.

## B - Le peuple ne possède pas la souveraineté de la Nation

Le garde des sceaux n'aura pas de mal à mettre en valeur l'ambiguïté de l'article 3. Contre une interprétation stricte, il en opposera une beaucoup plus souple :

*«Je ne vois pas pourquoi... serait contesté le fait que la souveraineté nationale puisse s'exprimer conformément à la Constitution, conformément à l'essence même de la République par les représentants de la nation. D'ailleurs, l'article 3... place l'expression de la volonté nationale d'abord entre les mains... des représentants de la nation avant d'évoquer ensuite la voie du référendum... Nous ne sommes pas indignes, mesdames, messieurs les députés, d'aborder ces problèmes et d'éclairer le choix du peuple...»* (22).

Un peu plus tard, cette distinction sera à nouveau utilisée dans un sens restrictif. C'est Gérard Gouzes qui en est à l'origine. Il justifie son refus d'inscrire dans la Constitution que la souveraineté nationale est inaliénable, en expliquant que cette expression a une double portée, l'une interne et l'autre externe. «Dès lors, dit-il, inscrire le caractère inaliénable de la souveraineté à l'article 3 de la Constitution, qui a une portée exclusivement interne, constituerait une imprécision que Pascal Clément (UDF) lui-même ne manquerait pas de relever». Mais afin de prévenir toute nouvelle objection il continue : «Deuxièmement l'inaliénabilité va de soi ; c'est un principe supérieur, dont certains... ont indiqué qu'il était supraconstitutionnel» (23). Michel Vauzelle renforcera cette interprétation en distinguant la souveraineté dans la nation —et cela concerne l'article 3— de la souveraineté de la nation «qui est, en effet, un principe supérieur à la Constitution» (24).

Que signifient toutes ces distinctions ? Premièrement, que la Constitution serait fondée sur la souveraineté nationale et non sur la volonté du peuple, d'où la légitimité d'une révision par les représentants. Deuxièmement, la souveraineté nationale considérée comme souveraineté dans la nation ne concernerait que l'expression de la volonté générale, donc encore, le pouvoir législatif et non le pouvoir constituant.

Enfin, on pourrait s'étonner que le débat sur la «citoyenneté européenne» prévue par l'article 88-2 (25) du projet de loi constitutionnelle qui a surtout animé le Sénat —les députés l'abordant au moment de la discussion des amendements— ne figure pas ici. La question de savoir si des résidents européens peuvent voter et être élus lors des élections municipales n'est pas posée en fonction de la souveraineté nationale. Jacques Larché (UREI), rapporteur du projet au Sénat, explique à propos des droits électoraux des ressortissants communautaires :

*«L'Assemblée nationale tout en approuvant le principe, a souhaité, sur ce point, renforcer les garanties du respect de la souveraineté nationale. Elle a adopté, à*

(22) *J.O.*, n° 25 A.N. (C.R.), p. 986-987.

(23) *J.O.*, n° 26 (2) A.N. (C.R.), p. 1030.

(24) *Ibid.*

(25) devenu l'article 88-3 de la loi constitutionnelle du 25 juin 1992.

*cette fin, un amendement que vous connaissez. Le droit de vote des ressortissants communautaires est, sans aucun doute, la disposition la plus délicate du traité de Maastricht, dans la mesure où le Conseil constitutionnel a montré qu'il entre en conflit directe avec la Constitution française... Cette citoyenneté nouvelle est-elle dangereuse pour l'avenir d'une nation à laquelle nous sommes attachés au plus profond de nous-mêmes» (26) ?*

La souveraineté nationale dont il est ici question désigne la liberté dont jouit l'État d'aménager les conditions d'application du traité. Mais l'orateur ne se sert pas de ce concept pour justifier une position quelconque à l'égard de cette disposition. Le lien entre citoyenneté et souveraineté n'est donc pas établi et la raison principale de cette absence se trouve sans doute dans le fait que le Conseil n'a pas considéré une telle disposition comme portant atteinte aux «conditions essentielles de la souveraineté».

Afin de défendre cette disposition, il suffisait de montrer que des aménagements étaient possibles dont une restriction de ce droit quant à l'élection des sénateurs, ce qu'exprime Roland Dumas, ministre des affaires étrangères :

*«Le texte transmis par l'Assemblée nationale prévoit que l'élu ressortissant d'un pays de la Communauté ne pourra pas participer à l'élection sénatoriale. Je ne vois aucune raison de l'alourdir» (27).*

Au contraire, ses détracteurs devaient parvenir à établir le caractère insurmontable de cette inconstitutionnalité. C'est par exemple ce que s'efforcera de faire Roger Chinaud (UREI), qui ne fait que reprendre le considérant du Conseil selon lequel : «Il s'ensuit que la désignation des conseillers municipaux a une incidence sur l'élection des sénateurs». Il ajoute :

*«Tout cela, relié au problème de la souveraineté nationale, fait que, comme vous le disiez voilà un instant, monsieur le ministre d'État, vous n'êtes pas sorti d'affaire» (28).*

Mais il faut bien voir que la «souveraineté nationale» ici en cause n'est en fait rien d'autre que la nationalité, laquelle fonctionne selon l'orateur comme le critère essentiel de la citoyenneté. En refusant le droit de vote et d'éligibilité des ressortissants européens, les sénateurs exigent que le lien entre nationalité et citoyenneté soit maintenu, mais ne vise pas directement le principe de la souveraineté nationale. La souveraineté, en tant que concept stratégique permettant de justifier une position à l'égard du traité, ne joue donc aucun rôle en matière de citoyenneté.

Il n'est donc pas faux de dire que la souveraineté constitue l'un des concepts les plus complexes du droit constitutionnel, contrairement à Jean-Marie Girault (UREI) pour qui «la souveraineté... est un sujet de thèse de doctorat pour amateurs» (29). Si de ce concept, les parlementaires ont fait découler un même principe —la souveraineté supérieure à la Constitution— on ne peut considérer que ce dernier renvoie à une conception unique et uniforme de la souveraineté. Au contraire, le concept même de souveraineté faisant l'objet d'interprétations les plus diverses, les parties au débat ont pu s'en servir pour traiter des problèmes radicalement différents et justifier leurs choix politiques à l'aide d'une argumentation juridique qui, dans

(26) *J.O.*, n° 41 S. (C.R.), pp. 1428-1429. L'amendement auquel il est fait allusion est le suivant : «Une loi organique détermine les conditions d'application du présent article en conformité avec les dispositions prévues par le traité». Cf. *J.O.*, n° 26 (3) A.N. (C.R.), pp. 1097-1114. Nous soulignons ce qui constitue un sous-amendement du Gouvernement.

(27) *J.O.*, n° 49 S. (C.R.), p. 1705.

(28) *Ibid.*, p. 1717.

(29) *J.O.*, n° 44 S. (C.R.), p. 1491.

tous les cas, n'est ni vraie ni fausse, mais procède d'une nécessité : celle de justifier un discours et une pratique. Le débat ne devait certes pas porter sur le traité lui-même, or les orateurs qui se sont succédés n'ont pu dissocier la révision de la ratification : d'où une lecture de tous les concepts en cause à la lumière d'un traité dont on voulait ou ne voulait pas. Il fallait donc introduire d'une manière convaincante le traité dans le débat —soit en parvenant à dissoudre le problème de la souveraineté soit, au contraire, en y insistant. Utiliser le concept de souveraineté permettait de soumettre différents problèmes à une approche apparemment objective parce que juridique, alors que les choix politiques avaient auparavant déterminé tout le raisonnement.

### RÉSUMÉ

*Les débats parlementaires relatifs à la révision constitutionnelle font apparaître diverses interprétations et utilisations du concept de souveraineté.*

*Les uns souhaitent concilier une souveraineté indivisible avec les nécessités de l'intégration communautaire. D'autres mettent l'accent sur le caractère inaliénable de la souveraineté pour affirmer la primauté du droit étatique sur le droit communautaire.*

*Le débat a concerné également l'interprétation de l'article 3 de la Constitution et la question de la souveraineté du peuple par rapport à la souveraineté nationale.*



R.R.J. 1992-3  
Pages 617 à 652

- II -

**DROIT JURIDICTIONNEL**



# ESSAI SUR LA NOTION DE POUVOIR DISCRÉTIONNAIRE DES JUGES DU FOND EN DROIT PRIVÉ

(SUITE ET FIN) (\*)

Par

Tanguy BARTHOUIL

*Moniteur d'Enseignement supérieur à la Faculté de Droit et de Science Politique  
d'Aix-Marseille*

## SOMMAIRE

### INTRODUCTION

#### TITRE I - Ambiguïté et unité de la notion de pouvoir discrétionnaire

##### Chapitre I - Recherche de la définition

- Section I - Hypostases du pouvoir discrétionnaire
- Section II - Entre confusion et assimilation : pouvoir souverain et arbitraire

##### Chapitre II - Entre implicite et nécessité : motivation et contrôle

- Section I - Pouvoir discrétionnaire et motivation
- Section II - Du contrôle exercé en cas de pouvoir discrétionnaire

#### TITRE II - "Provinces" du pouvoir discrétionnaire

##### Chapitre I - Le pouvoir discrétionnaire en droit judiciaire

- Section I - Le pouvoir discrétionnaire indiscuté
- Section II - Le pouvoir discrétionnaire interrogé : du pouvoir discrétionnaire au pouvoir souverain

##### Chapitre II - Le pouvoir discrétionnaire en droit substantiel

- Section I - Faiblesse du domaine du pouvoir discrétionnaire indiscuté
- Section II - Réalité du domaine du pouvoir discrétionnaire

### CONCLUSION

---

\* La première partie de cet article a été publiée dans la Revue de la Recherche Juridique - Droit Prospectif, n° 1992-2, p. 341 à 395.

## TITRE II - "PROVINCES" DU POUVOIR DISCRÉTIONNAIRE

115 - Le voyage entrepris ici dans les provinces du pouvoir discrétionnaire sera trop court pour permettre de toutes les visiter.

Aussi, à défaut de pouvoir tout voir, faut-il essayer de se faire une idée, aussi juste que possible, du domaine d'exercice par les juges du fond du pouvoir discrétionnaire.

Cela implique de faire un choix -redoutable pour son auteur puisque *discrétionnaire*- parmi les cas dans lesquels les magistrats, tant en droit judiciaire (Chapitre I) qu'en droit substantiel (Chapitre II), sont investis d'un tel pouvoir.

Cette visite sera l'occasion de se rendre compte que le pouvoir discrétionnaire surgit, *de fait*, dans des cas où il est communément admis pourtant que les juges du fond sont investis d'un pouvoir souverain d'appréciation.

### CHAPITRE I - LE POUVOIR DISCRÉTIONNAIRE EN DROIT JUDICIAIRE

116 - L'existence du pouvoir discrétionnaire en droit judiciaire est parfois indiscutée (Section I).

Il y a cependant des cas dans lesquels les interrogations demeurent (Section II).

#### Section I - Le pouvoir discrétionnaire indiscuté (1)

117 - En procédure pénale, le pouvoir discrétionnaire du président de la Cour d'assises est incontesté (§ 1) tout comme l'est, en procédure civile, celui du juge lorsqu'il prononce un sursis facultatif à statuer (§ 2), répartit les dépens entre les parties (§ 3), assortit son jugement d'une astreinte (§ 4), ou enfin décide la production forcée d'une pièce (§ 5).

#### *Paragraphe I - Le pouvoir discrétionnaire du président de la Cour d'assises*

118 - Art. 310 C.P.P. : "Le président est investi d'un pouvoir discrétionnaire en vertu duquel il peut, en son honneur et conscience, prendre toutes mesures qu'il croit utile à la manifestation de la vérité. Il peut, s'il l'estime opportun, saisir la Cour qui statue dans les conditions prévues à l'article 316.

Il peut au cours des débats, appeler, au besoin par mandat d'amener, et entendre toute personne ou se faire apporter toutes nouvelles pièces qui lui paraissent, d'après les développements donnés à l'audience, utiles à la manifestation de la vérité.

Les témoins ainsi appelés ne prêtent pas serment et leurs déclarations ne sont considérées que comme renseignements".

---

(1) M. Perdriau, "Le contrôle de la Cour de cassation en matière de faillite" précité, indique que le juge dispose aussi d'un pouvoir discrétionnaire pour octroyer un délai en vue d'un appel en garantie. Cf. art. 109 N.C.P.C. ainsi que Civ. 1<sup>o</sup>, 22 avril 1976. Bull. Civ. I n<sup>o</sup> 136, p. 108. Nous ne développerons pas ce cas. En matière pénale, par ailleurs, nous ne développerons que la présentation du pouvoir discrétionnaire du président de la Cour d'assises afin de montrer que cette notion existe aussi en procédure pénale et mériterait certainement d'être étudiée de plus près dans le cadre d'une plus longue recherche.

119 - Ainsi, le président de la Cour d'assises joue un rôle très important. Outre le pouvoir de *police de l'audience* (2) qu'il détient pour maintenir l'ordre dans la salle, faire expulser ou arrêter les perturbateurs ou évacuer tout ou partie du public -au besoin en requérant la force armée- et enfin pour interdire l'accès de la salle d'audience aux mineurs ou à certains d'entre eux (3), il possède aussi un pouvoir de *direction des débats* (4) qui l'amène notamment à régler l'ordre de production des preuves, à diriger les jurés dans l'exercice de leurs fonctions, à rejeter des débats tout ce qui tendrait à en compromettre la dignité ou à les allonger sans utilité.

Surtout il est investi d'un *pouvoir discrétionnaire* que n'a aucun autre président d'une juridiction répressive de droit commun (5) mais qui a été étendu aux présidents des divers tribunaux d'exception. Ce pouvoir s'explique par la règle de la continuité des débats qui interdit de suspendre l'examen d'une affaire criminelle pour permettre un supplément d'information : il a donc fallu doter le président d'un pouvoir exceptionnel, mais nullement arbitraire puisque remis à la conscience et à l'honneur de ce magistrat, pour faciliter l'administration de la preuve.

Il faut en examiner le domaine (A) et les caractères (B).

#### A - Le domaine du pouvoir discrétionnaire

120 - L'étude du pouvoir conféré doit être envisagée à trois points de vue :

1° - dans le temps : le pouvoir discrétionnaire est limité à la durée des débats et s'étend donc de la constitution du jury (6) à la clôture des débats (7) ;

2° - les actes permis sont tous ceux qui ont pour but de faciliter la preuve et d'aider à la manifestation de la vérité : l'art. 310 al. 2 mentionne expressément la possibilité pour le président de faire entendre toutes personnes ou de faire apporter toutes pièces utiles ; mais il est évident qu'il ne s'agit là que d'exemples. Ainsi le président peut-il faire venir des témoins non régulièrement cités ou des experts (8), ordonner l'audition de témoins reprochables (9), décider un transport sur les lieux, la distribution aux assesseurs, aux jurés et aux accusés de photographies ou de plans figurant au dossier de la procédure (10), lire la déposition d'un témoin absent (11), etc....

Dans l'exercice de ses prérogatives, le président est absolument indépendant de la Cour d'assises ; ainsi, en vertu de son pouvoir discrétionnaire, il peut parfaitement ordonner une expertise médicale que la Cour vient de refuser, ou procéder à la

(2) Art. 309, al. 1 C.P.P.

(3) Art. 306, al. 2 C.P.P.

(4) Art. 309 al. 2 C.P.P.

(5) Cass. Crim. 17 févr. 1965, Bull. n° 53, qui affirme que le président du tribunal correctionnel ne saurait s'arroger le pouvoir discrétionnaire que l'article 310 n'attribue qu'au président de la Cour d'assises.

(6) Art. 305 C.P.P.

(7) Art. 347 C.P.P.

(8) Cass. Crim. 30 nov. 1988 ; Arpino et autres, J.C.P. 1989, IV, p. 52, ainsi que Cass. Crim., 18 janv. 1989, Nicolas, J.C.P. 1989, IV, p. 115, qui précise que "ce pouvoir dont l'opposition d'un accusé ne peut paralyser les effets est exercé en dehors de tout contrôle, la loi confiant au magistrat qui en est investi le soin d'en déterminer l'application en son honneur et conscience."

(9) C'est-à-dire toutes personnes dont les déclarations ne peuvent être faites sous serment en vertu de l'art. 335 C.P.P. ; cf. Cass. Crim. 7 déc. 1966, Bull. n° 282.

(10) Cass. Crim. 22 oct. 1986, Bull. n° 299, qui affirme que cela ne constitue pas une violation du principe de l'oralité des débats.

(11) Cass. Crim. 27 avril 1977, Bull. n° 140.

lecture de pièces dont la Cour a décidé qu'elles ne seraient pas produites aux débats, dès lors du moins que leur valeur intrinsèque n'est pas contestée (12).

3° - L'étendue de ce pouvoir n'est pas illimitée : en effet, son usage ne pourrait faire échec ni à la loi -qui interdit par exemple au président de faire état d'un acte d'instruction irrégulier (13)-, ni aux principes fondamentaux de la procédure et aux droits essentiels de la défense. Ainsi le principe de l'oralité des débats s'oppose à ce que le président, avant l'audition de tout témoin et de tout expert, communique en vertu de son pouvoir discrétionnaire aux assesseurs et aux jurés des documents de la procédure écrite concernant des témoins ou des experts acquis aux débats mais non encore entendus (14) ; pour la même raison, il ne peut donner lecture d'un procès verbal de confrontation de l'accusé avec plusieurs témoins, dès lors que certains de ceux-ci, régulièrement cités et signifiés, sont présents et n'ont pas encore été entendus (15).

#### *B - Les caractères du pouvoir discrétionnaire*

121 - 1° - Le pouvoir discrétionnaire s'exerce de façon non formaliste : ainsi le président n'a-t-il pas à motiver l'emploi qu'il fait de ce pouvoir autrement que par l'utilisation de la formule "en vertu de mon pouvoir discrétionnaire".

Par ailleurs, en application de l'art. 310 al. 3, les témoins appelés par le président ne prêtent pas serment : cependant, même si leurs dépositions n'ont que valeur de renseignements, cela n'a pas grande portée dans un système procédural fondé sur la preuve par intime conviction.

2° - L'usage du pouvoir discrétionnaire est facultatif : le président apprécie *en toute liberté* s'il est opportun de l'utiliser et nul, ni la Cour ni aucune partie au procès, ne peut l'inviter à s'en servir ou l'y contraindre ni en entraver l'exercice (16).

3° - L'usage du pouvoir discrétionnaire est resté longtemps personnel au président qui ne pouvait le déléguer à personne. La conséquence était que les actes réservés au président ne pouvaient être accomplis que par lui seul, et non par la Cour d'assises, sous peine de nullité.

Depuis la loi du 23 déc. 1972 (17), le président peut, s'il l'estime opportun, saisir la Cour qui peut donc elle-même décider les mesures dépendant du seul pouvoir discrétionnaire. Il importe d'insister sur le fait qu'elle ne peut pas d'elle-même empiéter sur les pouvoirs du président et qu'il importe que la décision fasse mention de la délégation décidée par ce dernier (18).

(12) En effet, l'usage de ce pouvoir ne permet aucunement au président de puiser des renseignements dans un acte nul ; ce qui serait transgresser un des principes fondamentaux de procédure, V. pour ce passage R. Merle et A. Vitu, "Traité de droit criminel", précité, p. 710.

(13) V. J. Pradel, "Procédure pénale", Cujas, 4<sup>e</sup> éd. 1987, p. 550.

(14) Cass. Crim. 9 avril 1986, Bull. n° 120.

(15) Cass. Crim. 15 oct. 1986, Bull. n° 289.

(16) Cass. Crim. 12 mai 1970, Bull. 158, qui indique que les parties ne peuvent requérir le président d'exercer son pouvoir discrétionnaire, ainsi que Cass. Crim. 4 juin 1969, Bull. n° 187 qui indique que la Cour ne peut ordonner que le président fasse un acte relevant exclusivement de son pouvoir discrétionnaire.

(17) Loi n° 72.1226 insérée dans l'al. 1 art. 310 C.P.P.

(18) J. Boré, "La cassation en matière pénale", Paris, L.G.D.J., 1985, n° 1761 *in fine*.

122 - L'art. 310 C.P.P. est intéressant car il est le seul, à notre connaissance, qui utilise *expressément* le terme de pouvoir *discrétionnaire*.

Aussi, la confirmation est faite que la Cour de cassation, lorsque le juge est investi d'un tel pouvoir, ne contrôle rien de l'exercice qui en est fait dès lors que le cadre légal est respecté et n'exige pas la motivation : le pouvoir discrétionnaire n'existe qu'à ces deux conditions selon la Cour suprême. La référence à l'honneur et à la conscience du magistrat exprime cependant la limite intrinsèque à tout exercice d'un pouvoir discrétionnaire : le sérieux et le raisonnable.

Il faut en outre remarquer que, pour octroyer ce pouvoir discrétionnaire au président de la Cour d'assises, la loi utilise le verbe "*pouvoir*" (19).

### *Paragraphe II - Le sursis à statuer*

123 - Art. 378 N.C.P.C. : "La décision de sursis suspend le cours de l'instance pour le temps ou jusqu'à la survenance de l'événement qu'elle détermine".

Incident modifiant le cours de l'instance, le sursis à statuer ne provoque néanmoins qu'un arrêt provisoire de celle-ci, de sorte que lorsque l'événement qui a entraîné la suspension cesse l'instance puisse reprendre et se continuer sans formalité particulière (20).

Parfois la loi détermine elle-même une suspension et le juge ne peut alors que la prononcer : ainsi en est-il en matière de contredit (art. 81 N.C.P.C.), d'inscription de faux (art. 312 N.C.P.C.), de récusation (art. 346 N.C.P.C.), etc.... Il s'agit alors d'une obligation pour le magistrat qui n'a aucune liberté d'appréciation (21).

En revanche, chaque fois qu'un texte prévoyant une hypothèse de sursis à statuer lui laisse un pouvoir d'appréciation, la décision rendue par lui entre dans la catégorie du "*sursis à statuer stricto sensu ou facultatif*" (22).

C'est le cas en matière d'exception dilatoire, lorsqu'une partie invoque une décision frappée de tierce opposition, de recours en révision ou de pourvoi en cassation (Art. 110 N.C.P.C.).

C'est le cas en matière de renvoi lorsque le président peut ordonner, selon les circonstances, que la juridiction soupçonnée de partialité surseoira à statuer jusqu'au jugement sur le renvoi (art. 361 al. 2) (23).

124 - La nature de la décision de sursis à statuer est controversée (A), mais il est unanimement admis que le pouvoir des juges du fond de prononcer un tel sursis facultatif est discrétionnaire (B).

### *A - Nature de la décision de sursis à statuer*

125 - Dans la période qui a précédé le Nouveau Code de Procédure Civile, le sursis à statuer était considéré comme une mesure d'administration judiciaire dont le caractère discrétionnaire était par conséquent très marqué. Une jurisprudence

(19) La remarque est d'importance car l'utilisation de ce verbe, par la suite, par d'autres articles, méritera d'être prise en compte pour savoir si la loi octroie, ou non, un pouvoir discrétionnaire.

(20) Le sursis à statuer n'entraîne pas une interruption de l'instance qui, elle, est un arrêt de la procédure. V. art. 369 N.C.P.C.

(21) Il convient de préciser que la suspension est ici parfois automatique, qu'il n'y aura pas forcément de décision à rendre par le juge : ainsi en est-il par exemple lorsque l'art. 346 s'applique.

(22) Selon l'expression de Y. Lobin, *Juriscl. proc. civ.*, Fasc. 678.1, 1987, p. 12.

(23) V. par exemple encore l'art. 599 N.C.P.C.

constante admettait d'ailleurs que "*les juges du fond étaient souverains pour apprécier l'opportunité du sursis aussi bien pour l'accorder que pour le refuser*" (24), qu'il s'agissait d'un *acte administratif* du juge qui ne tranchait aucun litige et ne préjugait pas du droit des parties, et n'était à ce titre susceptible d'aucun recours.

Cependant, certaines juridictions, sans se prononcer sur la nature juridictionnelle de la décision de sursis à statuer, mais la reconnaissant en fait, se fondaient sur un principe général du droit d'appel, à moins qu'un texte légal ne l'interdise, pour déclarer recevable l'appel formé contre une décision de sursis à statuer.

126 - Le Nouveau Code de Procédure Civile n'a pas qualifié de manière précise dans un article, comme il l'a fait pour la radiation (25), la nature de la décision de sursis à statuer. Celle-ci peut cependant être déduite des autres règles la concernant.

En effet, l'art. 380 al. 1 N.C.P.C. admet que la décision de sursis peut être frappée d'appel sur l'autorisation du premier président de la Cour d'appel s'il est justifié d'un motif grave et légitime (26). Le simple fait que l'appel soit désormais possible -même à certaines conditions- permet de dire que cette décision n'est pas une mesure d'administration judiciaire puisque aux termes de l'art. 537 N.C.P.C., qui ne prévoit aucune dérogation, "*les mesures d'administration judiciaire ne sont sujettes à aucun recours*" (27).

Il est permis par conséquent d'admettre qu'il s'agit d'un jugement mais qui ne peut être qualifié de jugement sur le fond -bien que l'art. 480 N.C.P.C. donne cette appellation à la décision qui a statué sur tout incident- : en effet, la décision de sursis à statuer n'a pas l'autorité de chose jugée et ne dessaisit pas le juge qui peut la modifier puisque l'aménagement du sursis dépend de son pouvoir d'appréciation. Il peut, suivant les circonstances, le révoquer ou en abrégé le délai (art. 379 al. 2) ou même, à l'expiration du sursis, accorder un nouveau délai (art. 379 al. 1 *in fine*).

Il faut donc, suivant en cela Y. Lobin, assimiler la décision de sursis à statuer aux jugements avant dire droit qui, eux non plus, n'entraînent ni autorité de chose jugée, ni dessaisissement du juge (28).

Ce faisant, il convient de vérifier si le pouvoir discrétionnaire dont les juges étaient traditionnellement investis pour prononcer un sursis à statuer facultatif (29), lorsque celle-ci était considérée comme une mesure d'administration judiciaire, subsiste.

(24) Y. Lobin précité, n° 102, p. 13. On remarquera l'emploi parallèle de "discrétionnaire" et "souverain".

(25) L'art. 382 N.C.P.C. dispose en effet que la décision de radiation est une mesure d'administration judiciaire.

(26) V. similitude avec l'appel contre une décision ordonnant une expertise (art. 272 N.C.P.C.).

(27) V. en ce sens Y. Lobin, précité, p. 13, ainsi que J.-P. Legros, thèse précitée, p. 386, ainsi que R. Perrot, R.T.D.C., 1985, p. 618. À l'inverse, G. Giudicelli-Delage, thèse précitée, estime qu'il s'agit bien d'une mesure d'administration judiciaire admettant certes que "la possibilité d'un appel (...) peut faire douter de sa nature administrative. Mais (que) tout comme certaines mesures d'administration peuvent être motivées malgré l'art. 499, rien n'empêche d'admettre que certaines puissent être susceptibles de recours malgré l'art. 537" ; p. 157 et s. Remarquons que si l'on admet que la décision de sursis à statuer est une mesure d'administration judiciaire, le pouvoir discrétionnaire du juge n'apparaît que plus facile à souligner, l'absence de motivation (art. 499) ainsi que de voies de recours (art. 537) ne faisant que renforcer la caractère discrétionnaire de ces mesures parmi lesquels on trouve notamment les décisions de jonction/disjonction d'instances (art. 368 N.C.P.C. dont la Cour de cassation a affirmé le 17 mars 1975, Bull. civ. III n° 101, le caractère discrétionnaire.

(28) Art. 482-483 N.C.P.C.

(29) Cass. Com. 1° mars 1955, Bull. III, n° 84.

*B - Quid du pouvoir discrétionnaire des juges depuis le N.C.P.C. ?*

127 - Il convient en premier lieu de préciser que ce pouvoir ne porte que sur les motifs de l'opportunité ou de la non opportunité du sursis à statuer, sans que le juge puisse en restreindre ou en étendre le domaine en dehors des conditions légales, notamment dans le cas où le fond peut être tranché (30).

128 - Cette précision donnée, il faut, en second lieu, tirer les conséquences de la nature juridictionnelle de cette décision : l'art. 455 al. I N.C.P.C. consacre l'obligation générale de motivation de tout jugement, or le sursis à statuer facultatif est un jugement, donc il doit être motivé.

Un argument d'ordre pratique vient renforcer cet argument de texte : si la décision n'est pas motivée, le premier président de la Cour d'appel ne peut pas apprécier *le motif grave et légitime* auquel il doit subordonner son autorisation d'appel immédiat lorsque la demande lui en est faite par l'une des parties.

Force est pourtant de constater que la Cour de cassation n'a nullement changé la formulation de ses décisions à ce propos :

- La 1<sup>o</sup> Chambre civile le 18 mai 1976 (31) affirme que "*les décisions se prononçant sur l'opportunité d'un sursis à statuer échappent au contrôle de la Cour de cassation quel que soit le mérite des motifs qui leur ont servi de base*" (32).

- La Chambre sociale, quant à elle, statue en ces termes le 31 janvier 1980 (33) : "*Mais attendu (...) que les juges du fond disposent d'un pouvoir discrétionnaire pour apprécier l'opportunité d'un sursis à statuer, hors le cas, qui n'est pas celui de l'espèce, où cette mesure est prévue par la loi, ne sont pas tenus de motiver leur décision de ce chef*".

Des décisions de 1986 et 1987 continuent à statuer dans le même sens (34). La 1<sup>o</sup> Chambre civile le 4 octobre 1953 (35) ne jugeait pas différemment puisqu'elle décidait "*que sauf dans le cas où cette mesure est prévue par la loi, les juges du fond disposent d'un pouvoir discrétionnaire pour apprécier l'opportunité d'un sursis à statuer et par suite ne sont même pas tenus de motiver leur décision sur ce point*" (36).

129 - Y. Lobin (37) constate l'existence de ces décisions dérogatoires à l'art. 455 al. I, mais n'en fait aucun commentaire ; J.-P. Legros, pour sa part, en conclut qu'il faut ainsi distinguer deux hypothèses : "*la première, lorsque le sursis est obligatoire, où la décision doit être motivée, la seconde, lorsque le sursis est facultatif, où*

(30) Le pouvoir d'appréciation du juge est limité aux hypothèses où le fond n'a pas été intégralement tranché ou ne pouvait l'être : en conséquence le pouvoir d'appréciation du juge ne doit pas être un prétexte pour différer une décision qui pourrait déjà être rendue. Ainsi la chambre criminelle le 10 mai 1970 (Bull. Crim. n° 171) a-t-elle décidé que le juge d'appel ne peut se dispenser de prononcer au jour de son arrêt la réparation de la part des préjudices dont il a déjà constaté la réalité.

(31) J.C.P. 1976, IV, p. 324, note J.A.

(32) V. dans le même sens Cass. Civ. 2<sup>o</sup>, 23 mai 1977, Gaz. Pal. 1977 -2, p. 553, note J.V. ; Cass. Com. 29 mai 1979, D. 1979, I.R., p. 534.

(33) Bull. V, n° 104.

(34) Cass. Soc. 8 oct. 1986, J.C.P. 1986, IV, p. 321 ; Cass. Soc. 14 mai 1987, J.C.P. 1987, IV, n° 239, ainsi que Cass. Civ. I 16 juin 1987, Bull. Civ. I, n° 196.

(35) Bull. Civ. I, n° 216.

(36) La Chambre commerciale statue elle aussi dans le même sens. V. Cass. Com. 22 févr. 1983, Bull. Civ. IV n° 75.

(37) Op. cit., p. 14.

la décision peut ne pas être motivée". Il ajoute : "Dans les deux cas, la décision est juridictionnelle, l'étendue du contrôle de la Cour de cassation varie" (38).

Cependant, cette constatation ne résout pas la question posée qui est de savoir comment l'appréciation "du motif grave et légitime", entachant la décision de sursis, peut être portée sans motivation (39).

Il y a une contradiction flagrante qui, selon nous, ne pourra disparaître qu'à la condition que les décisions de sursis à statuer facultatif soient motivées elles aussi. Que cette motivation soit exigée ne fera pas pour autant disparaître le pouvoir discrétionnaire du premier juge : en effet, il s'agira pour lui de porter une appréciation, en son âme et conscience, de l'opportunité de prendre, ou non, une mesure. Répétons-le une fois encore : pouvoir discrétionnaire et motivation ne sont absolument pas antithétiques, bien au contraire.

La motivation exigée permettra seulement au premier président de la Cour d'appel de vérifier si l'appréciation portée est exempte d'erreur grave, si le premier juge n'a pas omis de prendre en compte des éléments importants pour élaborer son jugement. S'il a été fait bon usage du pouvoir discrétionnaire, la solution ne sera pas remise en cause, dans le cas contraire, l'appel sera admis. La logique semble respectée.

Ainsi, à notre avis, la Cour de cassation devrait contrôler la présence de la motivation non pour en apprécier la valeur mais parce que l'art. 455 al. 1 l'exige, parce qu'elle est nécessaire au prononcé de l'autorisation de l'appel, enfin parce qu'elle est conforme à l'esprit du pouvoir discrétionnaire.

### *Paragraphe III - La charge des dépens*

130 - Art. 696 N.C.P.C. : "La partie perdante est condamnée aux dépens, à moins que le juge, par décision motivée, n'en mette la totalité ou une fraction à la charge d'une autre partie".

Si la loi des 16 - 24 août 1790 a posé le principe de la gratuité de la justice, il n'en reste pas moins que le recours à cette dernière implique des frais multiples qui peuvent être importants si, du moins, les parties n'obtiennent pas l'aide judiciaire.

Il faut en effet rémunérer le service des divers auxiliaires de justice appelés à effectuer des opérations pour le compte du plaideur. Cela reste vrai après que la loi n° 77 - 1468 du 30 décembre 1977, instituant la gratuité des actes de justice devant les juridictions civiles et administratives (40), eut supprimé les droits, taxes et redevances perçus au profit du Trésor public.

On doit ainsi entendre par dépens l'ensemble des frais engagés pour la poursuite et l'instruction du procès.

131 - L'art. 696 N.C.P.C. pose comme règle de principe que le plaideur qui succombe à l'instance supporte ces dépens : cette condamnation au paiement est une obligation légale qui résulte du lien juridique de l'instance. En fixant la portée et les effets de ce lien, la loi met à la charge du perdant l'obligation de payer les dépens de

(38) Thèse précitée, p. 387.

(39) Il faut remarquer que l'appel ne semble pouvoir porter que contre une décision *prononçant* un sursis : cela car le refus de sursis ne porte pas préjudice à celui qui l'a sollicité puisque la décision sur le fond sera immédiatement rendue et que celle-ci pourra alors faire l'objet d'un appel immédiat sans autorisation, et parce que admettre un tel appel serait contraire à l'esprit de la nouvelle procédure qui a eu le souci d'éviter tous les moyens dilatoires susceptibles de la retarder : un plaideur pourrait en effet, pour gagner du temps, solliciter un sursis à statuer dans ce seul but, puis demander, après, une autorisation d'appel qui n'aurait, évidemment, aucune chance d'être accordée.

(40) J.O. du 31 déc. 1977.

façon que "le gagnant sorte du procès qu'il a eu raison d'engager ou auquel il a eu raison de défendre, aussi indemne que possible de tous frais" (41). C'est donc une considération d'équité qui justifie la condamnation aux dépens de la partie qui succombe. Dans un tel cas, la juridiction de jugement n'a pas à motiver sa décision puisqu'effectivement la motivation est implicite : la partie qui a perdu est condamnée. C'est une conséquence, une suite de l'acte juridictionnel.

Néanmoins, si le juge s'écarte de cette règle et met à la charge de la partie non perdante tout ou partie des dépens, il doit, aux termes même de l'art. 696, motiver spécialement sa décision (42).

Ainsi peut-on dire que la décision de dépens est dans l'esprit de la loi, toujours motivée : en principe implicitement, par exception expressément.

Pourtant, si l'on s'écarte de l'hypothèse tracée par le Code, les juges bénéficient alors d'un pouvoir discrétionnaire. En effet, dès lors que n'apparaissent plus de véritables perdants mais de simple "non gagnants", la répartition des dépens s'effectue de manière discrétionnaire.

Ainsi la Cour de cassation a-t-elle considéré qu'il relevait du pouvoir discrétionnaire des juges du fond :

- de mettre la totalité des dépens à la charge de l'une des parties seulement, lorsque les deux étaient mal fondées en leur appel (43) ;
- de mettre, l'appel étant devenu sans objet, à la charge du demandeur, partie à plusieurs instances, la totalité des dépens (44) ;
- de répartir ensemble, dans la proportion que la Cour d'appel apprécie, les dépens de première instance et d'appel, dès lors que les deux causes ont été jointes, quand bien même un des plaideurs, ayant certes succombé partiellement en appel, n'avait cependant pas été partie à la première instance (45).

132 - La présence de ce pouvoir discrétionnaire, au sens entendu par la Cour suprême, est intéressant et surprenant pour plusieurs raisons :

1° - Les termes de l'art. 696 ne donnent pas à penser que le législateur a eu l'intention d'investir les juges du fond d'un pouvoir qui leur permettrait de se prononcer sans motivation ni contrôle. L'esprit même de la loi nous semble d'ailleurs aller dans le sens de la motivation.

2° - En l'occurrence, il ne fait pas de doute que les juges ont à exercer une appréciation discrétionnaire pour répartir les dépens entre des parties ayant toutes deux succombé ou pour décider de les mettre entièrement à la charge de l'une d'elles. Néanmoins, cette répartition mériterait d'être à tout le moins motivée (46). Traditionnellement, la Cour de cassation, reconnaît aux juges du fond un pouvoir souverain pour procéder à des évaluations, aussi est-il surprenant de la voir consacrer ici un pouvoir discrétionnaire : cela démontre, en plus d'une interprétation très large des termes de la loi, une grande confiance de la Cour suprême dans ses magistrats.

(41) V. J.-J. Hanine, *Jurisc. proc. civ.* Fasc. 522 -2, p. 3, n° 5.

(42) Cass. Civ. 2°, 15 févr. 1984, *Bull. Civ. II*, n° 28.

(43) Cass. Civ. 1°, 17 janv. 1984, *Bull. Civ. I*, n° 25.

(44) Cass. Civ. 1°, 29 janv. 1985, *Bull. Civ. I*, n° 39.

(45) Cass. Civ. 3°, 10 févr. 1982, *Bull. Civ. III*, n° 41.

(46) On pourrait penser que, là encore, la motivation est implicite : les deux parties ont perdu, il est normal dès lors de répartir entre elles les dépens ; pour ce faire, les juges ont un pouvoir discrétionnaire : la motivation implicite justifie alors seulement qu'il faille répartir entre les deux parties, mais ne peut expliquer comment le juge est parvenu à se convaincre que la répartition qu'il a faite était la bonne.

S'il est un domaine où le pouvoir "discrétionnaire" des juges du fond est important, c'est bien celui du prononcé de l'astreinte, qu'il faut évoquer maintenant.

*Paragraphe IV - Le prononcé d'une astreinte*

133 - Loi n° 91-650 du 9 juillet 1991

**Art. 33 :** "Tout juge peut, même d'office, ordonner une astreinte pour assurer l'exécution de sa décision.

Le juge de l'exécution peut assortir d'une astreinte une décision rendue par un autre juge si les circonstances en font apparaître la nécessité".

**Art. 34 :** "L'astreinte est indépendante des dommages-intérêts.

L'astreinte est provisoire ou définitive. L'astreinte doit être considérée comme provisoire, à moins que le juge n'ait précisé son caractère définitif.

Une astreinte définitive ne peut être ordonnée qu'après le prononcé d'une astreinte provisoire et pour une durée que le juge détermine. Si l'une de ces conditions n'a pas été respectée, l'astreinte est liquidée comme une astreinte provisoire".

**Art. 35 :** "L'astreinte, même définitive, est liquidée par le juge de l'exécution, sauf si le juge qui l'a ordonnée reste saisi de l'affaire ou s'en est expressément réservé le pouvoir".

**Art. 36 :** "Le montant de l'astreinte provisoire est liquidé en tenant compte du comportement de celui à qui l'injonction a été adressée et des difficultés qu'il a rencontrées pour l'exécuter.

Le taux de l'astreinte définitive ne peut jamais être modifié lors de sa liquidation.

L'astreinte provisoire ou définitive est supprimée en tout ou partie s'il est établi que l'inexécution ou le retard dans l'exécution de l'injonction du juge provient, en tout ou partie, d'une cause étrangère".

**Art. 37 :** "La décision du juge est exécutoire de plein droit par provision".

Loi n° 72-626 du 5 juillet 1972.

**Art. 5 :** "Les tribunaux peuvent, même d'office, ordonner une astreinte pour assurer l'exécution de leurs décisions".

**Art. 6 :** "L'astreinte est indépendante des dommages-intérêts. Elle est provisoire ou définitive. L'astreinte doit être considérée comme provisoire, à moins que le juge n'ait précisé son caractère définitif".

**Art. 7 (Loi n° 75-596 du 9 juillet 1975).** "Au cas d'inexécution totale ou partielle ou de retard dans l'exécution, le juge procède à la liquidation de l'astreinte".

**Art. 8 :** "Sauf s'il est établi que l'inexécution de la décision judiciaire provient d'un cas fortuit ou de force majeure, le taux de l'astreinte définitive ne peut être modifié par le juge lors de sa liquidation.

Il appartient au juge de modérer ou de supprimer l'astreinte provisoire, même au cas d'inexécution constatée".

Il n'est pas possible de revenir ici sur toute l'évolution de l'astreinte depuis sa création prétorienne au XIX<sup>ème</sup> siècle (47). Il faut toutefois préciser que l'astreinte

(47) V. pour cela L. Boyer, *Juricl. proc. civ.*, Fasc. 518.1, 9. 1988. Malgré la réforme intervenue en 1991, nous avons décidé de tenir un grand compte du texte de 1972. En effet, la juxtaposition des deux lois permet de voir que l'esprit de l'institution n'a pas été changé : le juge reste doté d'un pouvoir de même nature qu'auparavant. Seules les modalités d'exercice sont, heureusement selon nous, désormais plus strictement délimitées.

est une mesure de contrainte destinée à vaincre la résistance opposée à l'exécution d'une obligation de faire : elle constitue une condamnation pécuniaire, accessoire et éventuelle, qui est l'augmentation de la dette du débiteur tout le temps qu'il n'exécutera pas l'obligation principale qui lui incombe.

Elle ne concerne donc pas le fond de l'affaire mais constitue bien une mesure *accessoire* relative à l'exécution de la décision (48).

C'est la loi du 5 juillet 1972 (49) qui donne ses lettres de noblesse à cette construction qui est l'une "*des plus étranges et des plus originales que la jurisprudence, aidée de la doctrine, ait élaborée*" (50).

Désormais, l'astreinte provisoire, comme définitive, ont le même but puisqu'aux termes de l'art. 5 de la loi de 1972 — repris par l'art. 33 de la loi de 1991 —, c'est pour "*assurer l'exécution de leur décisions*" que les tribunaux la prononcent. L'astreinte définitive n'est qu'un procédé plus comminatoire et plus radical et n'est plus, comme auparavant, considérée comme des dommages-intérêts, avec sous-jacente l'idée de réparation de la victime.

Tous les juges peuvent prononcer d'office une astreinte (51). La question qui se pose est de savoir de quelle liberté ces derniers bénéficient pour prononcer, fixer le taux et la durée, liquider enfin ces astreintes.

1°) Le prononcé de l'astreinte : Les astreintes sont laissées à la disposition du juge, qui est entièrement libre, puisqu'il peut à son gré accueillir ou refuser d'ordonner celle qu'on lui demande ou la prononcer d'office (52).

Il faut constater que lorsque le juge prononce l'astreinte, il use de son *imperium* et se place ainsi en dehors de sa tâche de *jurisdictio* au sens strict : l'astreinte est en dehors du pouvoir juridictionnel. Le pouvoir consacré pour le prononcé de l'astreinte est donc bien discrétionnaire au sens entendu par la Cour suprême. De fait M. Boré, commentant le régime unitaire réalisé par le législateur de 1972 entre le prononcé de l'astreinte provisoire et définitive, écrit en effet : "le législateur a reconnu au juge le pouvoir discrétionnaire qu'il s'était arrogé et l'a même augmenté en l'étendant à l'astreinte définitive sans la réglementer aucunement, ni limiter la liberté quasi inconditionnée laissée au juge" (53).

La jurisprudence a confirmé ce pouvoir. La Cour de cassation a insisté sur le fait que les juges n'avaient pas à motiver leur décision lorsqu'ils prononçaient une astreinte tant provisoire que définitive (54).

(48) L'astreinte judiciaire dont il s'agit ici ne doit pas être confondue avec d'autres procédés de contrainte qui aboutissent aussi à des condamnations progressives mais procèdent les uns de la volonté des parties -les clauses pénales-, les autres directement de la loi -les astreintes légales.

(49) J.O. du 9 juillet, p. 7181.

(50) F. Chabas, "La réforme de l'astreinte", D. 1972, chron. XLIII, p. 271.

(51) Par conséquent aussi les juges d'instance qui avaient posé un problème puisqu'ils sont limités dans leur compétence par un certain montant alors que l'astreinte est, elle, d'un montant indéterminé. - Pour plus de développements, v. L. Boyer précité, p. 9 et s. ; il en va de même pour le tout récent juge de l'exécution qui peut, en plus, en assortir la décision d'un autre juge en application de l'art. 33 de la loi nouvelle.

(52) Avant la loi de 1991, il pouvait aussi non seulement substituer d'office une astreinte provisoire à l'astreinte définitive sollicitée par le créancier mais encore opérer la substitution inverse. Désormais, cela est rendu impossible par l'art. 34, al. 3.

(53) Par M. Santa-Croce, note sous Cass. Civ. 2°, 21 mars 1979, D. 79, p. 449 ; adde J. Boré, "La collaboration du juge et du législateur dans l'astreinte judiciaire", Mélanges Ancel, Paris, A. Pedone, éd. 1975, tome I, p. 273. Remarquons que ce sont certainement les mêmes considérations qui ont amené le législateur à mieux circonscrire le pouvoir du juge.

(54) Cass. Civ. 3°, 23 oct. 1974, Bull. Civ. III n° 376, ainsi que Civ. 1° 17 févr. 1976, Ibid. I n° 72, cité par M. Santa-Croce précité. Le 21 mars 1979, la deuxième Chambre civile confirmait cette position statuant en ces termes : "*les tribunaux peuvent même d'office, ordonner une astreinte définitive pour*

2°) La détermination du taux et de la durée de l'astreinte : il faut constater ici encore que la liberté est totale :

- *tant pour en fixer le taux* : déterminé non pas en fonction du préjudice mais de la force de résistance qui semble être celle du débiteur récalcitrant. Ainsi est-il presque toujours fixé au-delà de celui du préjudice, parfois à un taux plus élevé que celui proposé par le demandeur (55), parfois en l'absence de tout préjudice (56) ou même de façon progressive (57) ;

- *que pour en fixer la durée* : qui peut comporter un terme mais aussi être illimité (58).

Une limite a cependant été apportée par la Cour suprême le 9 Novembre 1976 (59), qui pose le principe selon lequel le point de départ devait être fixé, au plus tôt, au jour de la notification de la décision (60).

3°) La liquidation de l'astreinte. À ce stade, les deux astreintes comportent évidemment des différences très marquées puisqu'elles se distinguent par la possibilité ou l'impossibilité d'une révision de leur taux. Il est impossible ici de procéder à une distinction détaillée des deux régimes, mais il convient de souligner que la liquidation de toute astreinte quelle qu'elle soit ne peut intervenir qu'en cas d'inexécution au moins partielle ou temporaire *-imputable* au débiteur (61).

Pour ce qui concerne particulièrement la liquidation de l'astreinte provisoire, le juge doit en fixer le montant en prenant en considération non seulement *la gravité de la faute* commise par le débiteur dans sa résistance injustifiée, mais encore *ses facultés* (62). L'appréciation que les juges font de ces deux points est "discrétionnaire" puisque la Cour suprême les dispense de motiver la modification du montant de la condamnation résultant du jeu de l'astreinte provisoire (63).

Toutes ces solutions sont cohérentes : l'astreinte est liée au seul *imperium* des tribunaux. En l'ordonnant le juge protège sa sentence. "Aucun argument n'est alors assez puissant", selon M. Chabas, "*pour lui retirer le droit de liquider son astreinte en appréciant lui-même la résistance et les facultés du débiteur*" (64).

*assurer l'exécution de leurs décisions ; les juges qui jouissent à cet égard, d'un pouvoir discrétionnaire, n'ont point à provoquer, au préalable, les explications des parties".* D. 79, p. 449 précité.

(55) Cass. Civ. 1<sup>o</sup>, 12 févr. 1964, précité.

(56) Cass. Civ. 3<sup>o</sup> 19 mai 1960, Bull. Civ. III, n<sup>o</sup> 179.

(57) Paris 7 août 1876, D.P. 1878, 2.125, décidant que l'astreinte serait de 500 F. par jour de retard le premier mois, puis de 1.000 F. au-delà.

(58) Cass. Civ. 20 janv. 1913, D.P. 1913,1,357. À l'avenir, il faudra tenir compte de l'art. 34 al. 3 de la loi nouvelle. Précisons, dès à présent avec M. Croze, qu'il faudra toujours s'en remettre essentiellement au juge qui sera le seul à pouvoir apprécier. Le délai fait naître la loi en disposant : "qu'une astreinte définitive ne peut être ordonnée qu'après le prononcé..." in "La loi n<sup>o</sup> 91-650 du 9 juillet 1991, portant réforme des procédures civiles d'exécution : le nouveau droit commun de l'exécution forcée", J.C.P. 1992, I, 3555.

(59) Cass. Civ. 3<sup>o</sup>, 9 nov. 1976, Gaz. Pal. 1977, Somm. 15.

(60) Mettant fin à une jurisprudence fantaisiste qui avait admis que l'astreinte démarrât au jour de sa prononciation, ou même au jour de la demande, certes mue par le souci de sanctionner la faute du débiteur, mais paradoxale puisque le but de l'institution est de faire exécuter la décision de justice.

(61) Pour une étude détaillée, v. L. Boyer, Juriscl. Proc. civ. précité ; J. Boré, "La collaboration du juge et du législateur dans l'astreinte judiciaire", précité, p. 284 ; F. Chabas, précité, p. 273. Le principe reste le même aujourd'hui : Cf. art. 36 de la loi nouvelle.

(62) Règle posée par la Cour de cassation le 20 oct. 1959 (Bull. Civ. I n<sup>o</sup> 419) que la loi de 1972 n'aurait pas remise en cause et que l'art. 36 de la loi nouvelle a reprise.

(63) Cass. Civ. 3<sup>o</sup>, 19 oct. 1976, Bull. Civ. I II, n<sup>o</sup> 353.

(64) F. Chabas, précité, p. 276.

134 - Nature du pouvoir du juge prononçant l'astreinte : L'institution ne peut qu'être remise au pouvoir discrétionnaire -au sens où nous l'entendons- du juge du fond et il serait bien surprenant qu'il en soit autrement : en effet, c'est lui qui est le plus -sinon le seul- à même d'apprécier l'opportunité d'assortir sa décision d'une astreinte, d'en fixer le montant et de la liquider en fonction de la résistance et des facultés du débiteur.

Il est cependant évident que ce pouvoir, exercé sans contrôle, a basculé parfois dans l'arbitraire. La doctrine l'a d'ailleurs souvent souligné (65).

Ainsi donc, selon nous, le pouvoir que détient actuellement le juge en la matière, n'est pas un pouvoir discrétionnaire, mais bien un pouvoir arbitraire (66).

La consécration d'un réel pouvoir discrétionnaire passerait par l'obligation pour le juge, qui entend prononcer d'office une astreinte, d'instaurer auparavant une discussion contradictoire ; par l'obligation de s'expliquer, lors de la liquidation, sur les facultés du débiteur, sur la gravité que présenterait l'inexécution, afin qu'il soit contraint de donner cohérence et proportionnalité à sa décision (67).

Cela permettrait par ailleurs de remédier au défaut d'information du débiteur car bien souvent "les irréductibles ne sont pas de riches insolents mais des esprits ignorants ou déficients, parmi lesquels de simples vieillards affolés ou des gens têtus chez qui la raison ne raisonne même plus" (68).

Même si, en pratique, les décisions sont le plus souvent raisonnables, un vrai danger existe, qu'il faut neutraliser.

Le même danger existe-t-il lorsque le juge est investi du pouvoir discrétionnaire d'ordonner la production forcée d'une pièce ?

#### *Paragraphe V - La production forcée de pièces (69)*

135 - Art. 11 al. 2 N.C.P.C. : "Si une partie détient un élément de preuve, le juge peut, à la requête de l'autre partie, lui enjoindre de le produire au besoin à peine d'astreinte. Il peut, à la requête de l'une des parties, demander ou ordonner au besoin, sous la même peine, la production de tous documents détenus par des tiers s'il n'existe pas d'empêchement légitime".

"Un plaideur a toujours le droit de prouver ce qu'il allègue en sa faveur" (70). Dans la pratique une partie a toujours la faculté de verser au dossier une pièce qu'elle détient et qui peut influencer en sa faveur la conviction du tribunal. Le droit de prouver un fait ne se discute pas. Mais le droit à la preuve dépasse cette simple prérogative ; il suppose, en outre que tout plaideur puisse disposer de moyens propres à établir la véracité de ses allégations. Ainsi, reconnaître à une partie un droit à la preuve, c'est lui permettre notamment d'obtenir de son adversaire, ou même

(65) J. Boré, "La collaboration du juge et du législateur dans l'astreinte judiciaire" précité, p. 301 ; ainsi que M. Santa-Croce, précité, p. 449.

(66) L'exercice du pouvoir discrétionnaire, est-il besoin de le rappeler, exige beaucoup de diligence.

(67) V. dans le même sens J. Boré, précité, p. 302, qui voit alors l'existence d'un pouvoir souverain.

(68) J. Boré, id., p. 304. Il est en outre difficile de nier le caractère de rapport de force entre le plaideur qui résiste et le juge qui, naturellement porté à considérer sa sentence comme excellente, veut par conséquent la faire exécuter et risque alors de cesser d'être un arbitre indépendant, pouvant dès lors, certes dans une intention louable, commettre des excès.

(69) Les paragraphes précédents avaient, on l'aura remarqué, suivi le déroulement de l'instance dans le temps. Aussi peut-il paraître surprenant de placer la "production forcée de pièces" en dernière position. Il s'agit cependant d'une volonté délibérée de notre part. En effet, comme nous le verrons, le pouvoir discrétionnaire octroyé en la matière est véritablement discrétionnaire au sens où nous l'avons défini. Aussi était-ce pour nous une façon d'insister sur ce point.

(70) Cf. C. Marraud, "Le droit à la preuve, la production forcée des preuves en justice", J.C.P. 1973, doct. I 2572, n° 1.

d'un tiers, l'élément de preuve qui lui fait défaut. La procédure qui permet cette "*production forcée des pièces*" est organisée par les art. 128 à 142 du N.C.P.C. (71).

Cette dernière ne peut être ordonnée qu'à la requête de l'une des parties au procès et "*il ne saurait être reproché au juge de n'avoir pas ordonné la production aux débats d'un document qui ne lui a pas été demandé*" (72), pas plus qu'il n'est possible, pour le juge, d'ordonner d'office la production de documents (73).

Une jurisprudence constante de la Cour de cassation reconnaît, néanmoins, que la loi octroie au magistrat un pouvoir discrétionnaire pour apprécier l'opportunité d'ordonner, ou non, la production d'un élément de preuve (74).

**136 - Le domaine du pouvoir discrétionnaire du juge en matière de production des pièces.** Il apparaît, en analysant les décisions rendues, que la production a été refusée, à chaque fois, *sans qu'un motif légitime ait été expressément invoqué* ; elle a toujours été rejetée parce qu'irrecevable en elle-même — les pièces étant hypothétiques, indéterminées, ou dénuées de tout intérêt pour le litige.

Ainsi, suivant en cela J.-J. Daigre (75), il est permis de considérer que la Cour de cassation ne refuserait pas de contrôler l'appréciation faite du motif légitime que toute personne étrangère peut opposer (art. 141 N.C.P.C.) à une injonction à produire (76).

À l'heure actuelle, le vrai domaine du pouvoir discrétionnaire est cantonné à *l'appréciation de l'opportunité en soi* de la demande : il est alors parfaitement justifié, selon nous, puisque d'une part, s'agissant d'une *mesure d'administration judiciaire de la preuve*, la décision repose sur une appréciation d'opportunité — lorsque la conviction du juge est déjà faite, pour ou contre, grâce à d'autres éléments probatoires, il n'y a pas lieu d'alourdir l'instruction du procès (ce qu'énonce très clairement l'art. 144 N.C.P.C. )-, d'autre part l'opportunité de la mesure s'apprécie au regard de l'intime conviction du juge.

Nécessairement discrétionnaire, ce pouvoir est contenu, comme il est normal, dans des bornes. Ainsi lorsqu'une demande de production porte sur un fait qui, s'il était prouvé, aurait pour conséquence inéluctable de justifier pleinement la prétention juridique de l'intéressé, le juge du fond perd son pouvoir d'appréciation et la Cour de cassation exerce son contrôle : il doit ordonner la production (77). Les garanties ne se limitent pas à cette seule hypothèse.

**137 - Les garanties offertes** - Faut-il vraiment admettre avec J. Lémée que "*la possibilité d'ordonner la production d'une pièce est laissée à l'arbitraire du juge*" (78) ? Il est permis d'en douter lorsque l'on examine quel réseau de règles protectrices protège les plaideurs ou les tiers. La production d'une pièce n'est en effet ordonnée :

(71) Il existe aussi une procédure, différente, qui règle la communication des pièces entre les parties prévue par les art. 132 à 137 N.C.P.C. V. à ce propos G. Couchez, Juriscl. proc. civ., "Communication des pièces", Fasc. 622, 1985.

(72) Cass. Civ. 1<sup>o</sup>, 21 oct. 1975, Bull. Civ. I, p. 236.

(73) Paris, 13 févr. 1978, D. 1978, Jpce, p. 216.

(74) V. Cass. Civ. 1<sup>o</sup>, 4 déc. 1973, Bull. Civ. n<sup>o</sup> 336 ; Cass. Civ. 2<sup>o</sup>, 10 févr. 1977, Bull. Civ. n<sup>o</sup> 32 ; Cass. Civ. 2<sup>o</sup>, 14 nov. 1979, D. 80, JPce 365, note J. Lémée, Cass. Civ. 2<sup>o</sup>, 29 mars 1984, J.C.P. 1984, IV, p. 179.

(75) "La doctrine et la réforme de la procédure civile", J.C.P. 1981, doct. 3020 n<sup>o</sup> 5 et s.

(76) Un doute est cependant permis si l'on songe à l'abandon récent de l'appréciation de la cause réelle et sérieuse en matière de licenciement. Néanmoins, il nous semble qu'un contrôle de l'appréciation manifestement erronée pourrait être fait.

(77) Cass. Civ. 3<sup>o</sup>, 15 juin 1976, Bull. Civ. III, n<sup>o</sup> 262.

(78) Précité, p. 367.

- que si l'existence des pièces est certaine (79)
- que si elles sont spécifiées (80)
- que si leur contenu probatoire est de quelque utilité dans le procès (art. 144 N.C.P.C.)
- que si le détenteur n'a pas un fait justificatif de non production à invoquer (81)
- que si la mesure porte sur un élément de preuve légalement admissible (art. 10 N.C.P.C.)
- que si elle ne vient pas suppléer la carence des parties dans l'administration judiciaire de la preuve (art. 146 N.C.P.C.)
- que si la contradiction a été préalablement respectée (art. 774 N.C.P.C.).

Que faudrait-il de plus pour se garantir contre l'arbitraire du juge ?

En réalité, le pouvoir discrétionnaire octroyé en la matière n'est nullement un moyen de permettre au juge une investigation inquisitoriale dans la vie privée des parties, mais répond au souci de lui assurer plus de clarté dans la connaissance du cas, respectant en cela l'esprit du N.C.P.C. dont, comme le disait M. Cornu (82), la finalité est "*la connaissance véritable et entière du fait litigieux*".

Ainsi, la mission du juge n'est-elle pas seulement de choisir entre deux blocs, entre deux argumentations trop souvent partielles et partiales -arbitraire pour arbitraire, celui des plaideurs est peut-être plus évident que celui du juge- mais de dire le juste. La production forcée des pièces est un des moyens de connaître "*le vrai, nécessaire pour faire du juste*" (83).

Parce que ce pouvoir discrétionnaire est bien employé, bien circonscrit, il mérite qu'on s'y attarde quelques instants.

138 - La remise en cause du préjugé - L'art. 11 al. 2 N.C.P.C. emploie le verbe "pouvoir", signe de la présence du pouvoir discrétionnaire (84). Effectivement, ce pouvoir est reconnu au juge. Il est intéressant pour diverses raisons.

1°) Aucune des décisions rendues n'affirme *expressément* que le juge est dispensé de motiver sa décision ; de fait, le refus est motivé implicitement puisque justifié seulement si la demande est irrecevable parce que les pièces sont hypothétiques, indéterminées, dénuées de tout intérêt pour le litige, ou enfin parce que le juge a déjà forgé sa conviction.

2°) C'est un pouvoir, par ailleurs, qui a été donné récemment par le législateur au juge. Dès lors il est permis de penser que ce n'est pas de façon irréfléchie que ce fut fait, mais bien parce qu'il a été *fait confiance* au magistrat, seul à même de porter l'appréciation nécessaire. Reconnaissons tout de même que l'argument est faible.

3°) Enfin, pour éviter toute dérive, son usage a été soumis à un ensemble de règles destinées à garantir les plaideurs.

(79) Cass. Civ. 2°, 7 mars 1979, Bull. Civ. II, n° 71.

(80) Cass. Civ. 2°, 15 mars 1979, Bull. Civ. II, n° 88.

(81) Secret, force majeure, empêchement légitime (pour les tiers).

(82) Par J.-J. Daigre, op. cit., n° 10.

(83) id., n° 12.

(84) V. pour un autre exemple, Cass. Civ. 1°, 4 déc. 1973, Bull. Civ. I, n° 336 qui affirme que la faculté laissée au juge par l'art. 8 N.C.P.C. est aussi discrétionnaire.

Ainsi, le pouvoir discrétionnaire apparaît-il, pour la première fois en droit privé, sous son vrai visage : un instrument dont personne ne nie l'utilité (85), exigeant beaucoup de son titulaire et dont les dangers intrinsèques sont "domestiqués" par des règles orientant l'usage qui en est fait vers sa finalité. Il ne correspond nullement "au degré suprême de la liberté" (86) et se distingue parfaitement de l'arbitraire : J.-J. Daigre ne s'y est pas trompé qui affirme en effet : "Il est vrai que discrétionnaire appelle en écho arbitraire. Mais peut-on conclure à un lien nécessaire de l'un à l'autre ? La réponse, une réponse positive, ne fait aucun doute pour certains. On voudrait montrer qu'elle fait bon marché de l'ensemble des garanties mises en place par les textes" (87).

139 - Dans toutes les "provinces" que nous avons jusqu'à présent parcourues, le pouvoir discrétionnaire était expressément reconnu ; il en est d'autres où il n'en va pas de même.

## Section II - Le pouvoir discrétionnaire interrogé : du pouvoir discrétionnaire au pouvoir souverain

140 - M. Boré conclut son étude de la notion de pouvoir discrétionnaire en constatant que le "développement constant de la motivation devrait, peu à peu, conduire à une régression de cette notion juridique exceptionnelle et permettre une substitution au pouvoir discrétionnaire du pouvoir souverain d'appréciation qui ne dispense pas le magistrat de motiver sa décision" (88).

Certes, si, dans les deux cas, est effectué un contrôle de la motivation, la différence pratique entre les deux pouvoirs n'existe plus ; cependant, comme nous avons déjà pu l'évoquer (89) la *différence de nature* entre les deux pouvoirs subsiste et l'appréciation que le magistrat doit porter, reste différente dans chacun de ces deux cas.

*Théoriquement*, ces deux pouvoirs ne peuvent se confondre ; il n'y a donc pas "substitution" au pouvoir discrétionnaire du pouvoir souverain, mais bel et bien toujours un pouvoir discrétionnaire dont l'exercice est affecté de l'obligation d'expliquer -et non de justifier au regard d'un texte- la décision.

En effet, si le texte de loi, octroyant le pouvoir discrétionnaire, n'a pas été modifié, comment l'exigence, par la Cour de cassation, de la motivation suffirait-elle à changer la nature de ce pouvoir ?

Parce que la nature du pouvoir discrétionnaire ne se réduit pas à vérifier la présence ou non de la motivation ou du contrôle, mais doit s'apprécier aussi -et surtout- par rapport à la qualité de l'appréciation que le juge doit porter, il est possible de considérer que c'est effectivement d'un pouvoir de cette nature qu'il est question en matière de répartition des sommes exposées par une partie perdante et non comprises dans les dépens (§ 1) ainsi qu'en matière d'exécution provisoire d'une décision de justice (§ 2).

(85) V. J. Lémée précité, p. 366 *in fine*, qui l'admet, malgré une violente critique contre ce pouvoir.

(86) Selon l'expression de J. Lémée, op. cit., p. 367.

(87) J.-J. Daigre, op. cit., n° 8.

(88) J. Boré, "La cassation en matière civile" précité, n° 1625, p. 513. Il donne, à l'appui de cette affirmation, l'exemple du développement du contrôle de la motivation en matière de répartition des frais en application de l'art. 700. Comme nous le verrons, cette tendance ne s'est pas confirmée par la suite. Cf. *infra* n° 143.

(89) Cf. *supra* n° 97, p. 386, spéc. Note 219.

**Paragraphe I : La condamnation aux frais non compris dans les dépens**

141 - Art. 700 N.C.P.C. : "Lorsqu'il paraît **inéquitable** de laisser à la charge d'une partie des sommes exposées par elle et non comprises dans les dépens, le juge *peut* condamner l'autre partie à lui payer le montant qu'il détermine".

Le signe du pouvoir discrétionnaire est une fois encore présent : le texte emploie le verbe "pouvoir". L'argument est mince, mais il permet d'orienter la réflexion. Il est conforté par la référence à l'équité, second signe, selon nous, du pouvoir discrétionnaire.

Certes, l'équité à laquelle se réfère le législateur exige, pour éviter le risque d'arbitraire, que le juge se réfère à des critères objectifs qui tiennent à la nature du litige ou bien à la position prise par les parties (90), mais il est difficile de nier, par ailleurs, le caractère mouvant et subjectif de cette notion. L'appréciation ne peut en pratique que relever du juge du fond.

Après avoir exposé la raison d'être de l'art. 700 (A), nous vérifierons quel est le pouvoir exact du juge en cette matière (B).

**A - L'objet de l'article 700**

142 - Comme nous l'avons vu, l'obligation de mener un procès en justice est toujours une cause de dépenses exceptionnelles qu'il est, dans certains cas, équitable de compenser. Certes, l'art. 696 N.C.P.C. (91) prévoit que la partie perdante est condamnée aux dépens de l'instance mais ceux-ci, dont la liste est donnée à l'art. 695, ne comprennent pas tous les débours nécessaires pour soutenir un procès.

Certes, la juridiction saisie peut allouer à une partie des dommages-intérêts sur le fondement de l'abus de droit d'agir en justice, mais cette action ne dégénère en faute que si elle constitue un acte de malice, de mauvaise foi ou découle d'une erreur grossière équipollente au dol.

Ainsi l'art. 700 occupe une place intermédiaire entre la condamnation aux dépens et l'octroi de dommages-intérêts pour procédure abusive.

Notre ambition n'est pas ici non plus de présenter une étude complète de cette disposition (92), mais seulement de réfléchir au pouvoir que détient alors le juge.

**B - Pouvoir discrétionnaire ou pouvoir souverain ?**

143 - C'est au plaideur de réclamer l'application de l'art. 700 ; il doit exposer dans sa demande en quoi l'équité commande que les frais non compris dans les dépens soient laissés à la charge de l'adversaire, "*la seule référence à l'art. 700 ne (pouvant) suffire à justifier une demande*" (93).

Il appartient ensuite au juge d'*estimer* si cette demande est fondée, s'il est effectivement inéquitable de laisser à la charge de cette partie la totalité des frais qu'elle a exposés.

Pour ce faire, il est affirmé que le juge doit motiver son jugement. La troisième Chambre civile de la Cour de cassation le 4 avril 1978 (94) avait, en effet,

(90) V. J.-J. Hanine, précité, n° 58, p. 10.

(91) V. n° 130 de notre étude.

(92) V. pour cela : J.-J. Hanine, précité, Fasc. 522.2.

(93) Rennes, 18 janv. 1978, cité par J.-J. Hanine, id., n° 57.

(94) Cass. Civ. 3°, 4 avril 1978, J.C.P. 78, JPce 18917, note J. Baudouin.

expressément décidé "que l'art. 700 ne (conférait) pas un pouvoir discrétionnaire au juge et ne le dispensait pas de motiver sa décision".

Cette décision s'opposait à la position adoptée par les deux autres Chambres civiles qui, toutes deux, avaient admis que la référence expresse à l'art. 700, pour condamner la partie perdante, suffisait à justifier le jugement (95).

Le 16 octobre 1979, la troisième Chambre civile paraissait finalement adopter le même raisonnement puisqu'elle décidait que le juge, en appliquant l'art. 700, admettait *nécessairement* l'existence de frais irrépétibles, qu'il était inéquitable de laisser à la charge de la partie les ayant exposés (96).

Par la suite, la Cour suprême a même été plus loin, admettant que les juges pouvaient appliquer l'art. 700 sans même le viser ; que l'allocation de l'indemnité suffisait à motiver la décision (97).

Force est de constater, avec M. Guinchard, que la Cour de cassation maintient le principe d'une motivation obligatoire, mais devient de moins en moins exigeante puisqu'elle admet non seulement que sont motivés les arrêts qui ne font que viser l'art. 700, mais encore "que le fait pour une Cour d'appel d'estimer qu'il n'y avait pas lieu de faire application des dispositions de l'art. 700, implique nécessairement l'appréciation par elle que les conditions de ce texte n'étaient pas remplies" (98).

Difficile de laisser plus de liberté ! Pourtant, la Cour affirme toujours que l'art. 700 ne lui confère qu'un pouvoir souverain. J. Normand (99) n'est pourtant pas de cet avis et considère en effet, pour le déplorer, qu'en l'occurrence, les magistrats disposent d'un pouvoir discrétionnaire puisque le contrôle de la motivation est inexistant en pratique. Il serait souhaitable que la Cour suprême, pour éviter la confusion, emploie à son tour ce qualificatif car, nous l'avons constaté, c'est sur ce point du contrôle de la motivation que, selon elle, "pouvoir discrétionnaire" et "pouvoir souverain" se distinguent.

Il peut sembler par ailleurs contradictoire que la Cour d'une part reconnaisse un pouvoir discrétionnaire au juge qui répartit les dépens entre des plaideurs ayant tous deux succombé, alors que rien dans le texte ne le laisse présumer, et refuse, d'autre part, qu'existe ce même pouvoir discrétionnaire pour une opération semblable, alors justement que le texte de l'art. 700 laisse présumer d'une telle liberté.

À notre avis, l'appréciation du juge porte ici sur l'opportunité, au regard de l'équité, de mettre ou non à la charge d'une partie certaines sommes que l'autre a dû dépenser ; dès lors elle ne peut être que discrétionnaire.

Il en va de même en matière d'exécution provisoire.

## *Paragraphe II - Le prononcé de l'exécution provisoire*

144 - Art. 515 N.C.P.C. : "Hors les cas où elle est de droit l'exécution provisoire peut être ordonnée, à la demande des parties ou d'office, chaque fois que le juge

(95) Cass. Civ. 1<sup>o</sup>, 23 mai 1978, même référence, ainsi que Cass. Civ. 2<sup>o</sup>, 5 mai 1980, Bull. Civ. II, N<sup>o</sup> 48.

(96) Cass. Civ. 3<sup>o</sup>, 2 arrêts, 16 oct. 1979, Bull. Civ. III, n<sup>o</sup> 177 et 178.

(97) Cass. Civ. 2<sup>o</sup>, 20 févr. 1980, Bull. Civ. n<sup>o</sup> 37. V. dans le même sens : Cass. Civ. 1<sup>o</sup>, 7 mai 1980, Gaz. Pal. 1980, pan., p. 269 ; Cass. Soc. 3 oct. 1980, id., p. 405 ; Cass. Civ. 2<sup>o</sup>, 26 nov. 1980, Gaz. Pal. 1981, JPce p. 199 ; Cass. Civ. 2<sup>o</sup>, 27 janv. 1982, Bull. Civ. II, n<sup>o</sup> 12.

(98) Cass. Soc. 5 janv. 1983, Gaz. Pal. 1983, pan., p. 138, Note S. Guinchard. Cass. Soc. 5 janv. 1983, Gaz. Pal. 1983, pan., p. 138, Note S. Guinchard.

(99) "Jurisprudence française en matière de droit judiciaire privé", R.T.D.C. 1981, p. 436. - G. Giudicelli-Delage, thèse précitée, est aussi de cet avis.

l'estime nécessaire et compatible avec la nature de l'affaire à condition qu'elle ne soit pas interdite par la loi.

Elle peut être ordonnée pour tout ou partie de la condamnation. En aucun cas elle ne peut l'être pour les dépens".

L'exécution provisoire se définit comme l'institution en vertu de laquelle un jugement peut être exécuté nonobstant l'effet suspensif des voies de recours ordinaires mais simplement à titre provisoire (100).

Le caractère provisoire de cette exécution se marque par le fait qu'accordée avant qu'on connaisse l'issue définitive du procès le bénéficiaire, s'il est finalement perdant, devra remettre les choses en l'état et pourra même être condamné à réparation si le débiteur de l'exécution a subi quelque préjudice.

À la fois *utile* -puisqu'elle permet au gagnant en première instance de ne pas souffrir des lenteurs inhérentes à l'exercice des voies de recours (101)- et *dangerouse* tant pour le débiteur de l'exécution, à qui elle peut causer un préjudice important, voire irréparable, que pour le créancier qui perdrait en appel- l'exécution provisoire est toujours facultative pour le créancier de l'exécution.

L'institution a fait l'objet de nombreuses réformes qui sont toutes allées dans le sens d'un accroissement des pouvoirs du juge pour prononcer son exécution (102).

Hors le cas des décisions qui bénéficient de l'exécution de plein droit (103), le pouvoir du magistrat est très large. Est-il soumis à l'obligation de motiver ? Sa décision lorsqu'il prononce l'exécution provisoire est-elle contrôlée (A) ? La réponse à ces deux questions permettra de définir la nature de son pouvoir (B).

#### A - Motivation et contrôle

145 - En dehors de l'exécution provisoire de plein droit, l'exécution provisoire est toujours facultative. Ce caractère facultatif se marque à deux points de vue : d'une part, le juge peut l'accorder soit sur demande d'une partie, soit d'office ; d'autre part, il a un pouvoir d'appréciation quant aux conditions la justifiant et il peut la refuser.

L'exécution provisoire ne se justifie aux termes de l'art. 515 N.C.P.C., que si le juge "*l'estime nécessaire et compatible avec la nature de l'affaire*" (104). Le problème qui se pose alors est de savoir si ce dernier doit motiver son appréciation de la nécessité.

C'est une question à vrai dire "*bien embarrassante*" (105) car, si d'instinct le juriste est porté à exiger la motivation, les doutes apparaissent en ce qui concerne l'exécution provisoire.

1) D'abord parce que la formule employée par le texte de loi est extrêmement large plaçant la décision du juge au niveau de son estimation personnelle sans la moindre référence à un quelconque critère objectif. Le blanc-seing législatif semble bien être absolu.

(100) F. Ferrand, "L'exécution provisoire des décisions rendues par les juridictions civiles en France et en République Fédérale d'Allemagne", Gaz. Pal. 1987, doct., p. 370.

(101) Ce qui est particulièrement important quand ce dernier a un besoin urgent de bénéficier du jugement ; par exemple en matière de condamnation à une pension alimentaire.

(102) V. à ce propos J. Miguet, Juriscl. Proc. civ., Fasc. 516, p. 6 et s.

(103) Prévu par l'art. 514 N.C.P.C.

(104) L'urgence et le péril en la demeure sont considérés comme des conditions suffisantes pour justifier une exécution provisoire. Mais celle-ci est aussi parfois considérée comme nécessaire pour d'autres motifs, comme par exemple dissuader des recours dilatoires, rendre plus efficace la décision, etc. V. J. Miguet, op. cit., p. 14 et s.

(105) Selon le mot de R. Perrot in "Exécution provisoire : le problème de la motivation", R.T.D.C. 1984, p. 566.

2) Ensuite parce que, comme l'astreinte, l'exécution provisoire ne concerne pas le fond du litige et ne constitue qu'une mesure accessoire relative à l'exécution de la décision. Elle se rattache par conséquent davantage à l'*imperium* du juge qu'à sa *jurisdictio*, ce qui ferait pencher pour une absence de motivation obligatoire.

3) Enfin parce qu'il est permis de se demander quelle serait l'utilité d'une telle motivation dans la mesure où le recours en réformation n'est plus possible depuis 1975. Certes, le Premier Président de la Cour d'appel, statuant en référé, tient des art. 523 et 524 le pouvoir d'"arrêter" l'exécution provisoire mais il n'est pas un second degré de juridiction, puisqu'il n'applique pas les mêmes règles que le juge de premier degré. Il n'a pas le pouvoir d'apprécier le bien fondé de l'exécution provisoire, il ne "réforme" pas, il peut seulement "arrêter" et non pour violation des conditions de l'art. 515, mais seulement s'il estime qu'il existe des conséquences manifestement excessives (106).

146 - Les hésitations de la jurisprudence témoignent d'ailleurs de cet embarras. Certaines ordonnances avaient, par le passé, dispensé le juge de toute motivation spéciale (107) puis, plus récemment, d'autres décisions sont intervenues en sens inverse, exigeant une motivation spécifique à l'exécution provisoire elle-même (108).

Il semble que chacune de ces positions soit excessive. La voie médiane, tracée par la Cour suprême dès 1977 (109), paraît être celle de l'admission de la motivation implicite.

De ce fait, trois ordonnances du Premier Président de la Cour de Douai de 1984 ont été rendues avec pour trait commun d'exiger la motivation, tout en admettant que celle-ci pouvait résulter simplement de références à certains faits relevés par le juge (110).

Ainsi la motivation exigée doit simplement faire apparaître que le juge a eu conscience de ce que l'exécution provisoire est une mesure exceptionnelle, qu'il ne l'a, par conséquent, pas ordonnée sans raison.

Elle n'est donc pas inutile d'une part parce que la motivation n'est jamais inutile, d'autre part parce qu'elle permet d'arrêter les exécutions provisoires de décisions qui, de toute évidence, vont être réformées en appel parce que fondées sur des erreurs *manifestes de droit ou de fait*.

Point n'est besoin dès lors d'une motivation spécifique au prononcé de l'exécution provisoire elle-même.

Même réduites, la motivation ainsi qu'une certaine forme de contrôle existent, cela est suffisant pour qualifier le pouvoir du juge de souverain et non pas de discrétionnaire. Pourtant, tous les critères qui permettent de penser qu'il s'agit bien d'un pouvoir de cette dernière nature, sont respectés.

(106) V. en ce sens C. Loyer-Larher, "La motivation de l'exécution provisoire", Rev. jud. Ouest 1984, p. 89 ; ainsi que J. Miguet, op. cit., p. 17 n° 97.

(107) C.A. Angers, 30 avril 1981, Rev. jud. Ouest 1984, p. 85.

(108) C.A. Rennes, ordonnance du 24 févr. 1984, Rev. jud. Ouest 1984, p. 86.

(109) Cass. Civ. 2°, 11 juillet 1977, Bull. Civ. II, n° 184, ainsi que Cass. Civ. 2°, 5 févr. 1981, qui avaient décidé qu'il ne pouvait être fait grief à une décision de n'avoir pas mentionné que l'exécution provisoire était nécessaire, alors que cette nécessité résultait de l'ensemble de la motivation prise pour justifier la décision au fond. V. C. Loyer-Larher, op. cit. p. 91.

(110) 5 avril 1984, 10 mai 1984, 1° juin 1984, inédites, citées par R. Perrot, op. cit., p. 775. Voir aussi une ordonnance antérieure C.A. Caen 28 sept. 1982, qui avait ainsi statué ; "L'art. 515 N.C.P.C. ne fait pas obligation au juge de motiver spécialement sa décision, les faits de la cause qui ont motivé la décision principale suffisant à justifier implicitement le prononcé de l'exécution provisoire", J.C.P. 1984, IV, p. 116.

### B - Pouvoir discrétionnaire ou pouvoir souverain ?

147 - L'art. 515 commande au juge *d'apprécier* si l'exécution provisoire est "*nécessaire et compatible*" avec la nature de l'affaire. Il semble donc bien que le législateur de 1975 ait laissé au magistrat *le soin* de décider au cas par cas de *l'opportunité* de la mesure sollicitée par les plaideurs ou envisagée par lui.

Comme nous l'avons déjà constaté, il ne dispose pour ce faire d'aucun critère objectif, susceptible de limiter le champ d'application de son appréciation. La réalité est bien que les critères sont subjectifs comme le laisse bien apparaître le verbe "estime".

La formule employée est souple mais ce pouvoir n'est pas autoritaire pour autant comme le constate L. Loyer-Larher qui écrit : "*On concevrait mal que les magistrats ordonnent une exécution provisoire sans avoir entendu les arguments des parties et surtout les objections de l'obligé potentiel (...). Cette nouvelle possibilité accordée au juge doit être interprétée dans un climat de loyauté, de rapports confiants entre celui-ci et les auxiliaires de justice*" (111).

Ainsi ce pouvoir repose sur un *postulat de confiance*, est octroyé par la loi pour apprécier l'opportunité de prendre une mesure, exige que le juge se prononce après avoir consulté les parties.

Par ailleurs, il est exempt de tout contrôle de l'appréciation de l'opportunité, la seule limite étant que les conséquences de la décision prise ne soient pas manifestement excessives, c'est-à-dire d'une certaine manière déraisonnables.

Force est de conclure que sont là réunis tous les éléments du pouvoir discrétionnaire ... (112).

148 - L'hypothèse émise est donc confirmée : le pouvoir discrétionnaire se manifeste plus souvent qu'il n'est généralement admis.

Il reste encore à vérifier s'il en est de même en droit substantiel.

## CHAPITRE II - LE POUVOIR DISCRÉTIONNAIRE EN DROIT SUBSTANTIEL

149 - À l'inverse du droit judiciaire, le domaine du pouvoir discrétionnaire en droit substantiel est très restreint (Section I).

Néanmoins, il faudra à nouveau interroger les textes pour vérifier si parfois, contrairement à ce qu'une approche superficielle pourrait, là encore, laisser penser, il n'est pas possible de trouver de plus amples manifestations de ce pouvoir (Section II).

(111) "La réforme de l'exécution provisoire", Gaz. Pal. 1976, II, p. 588.

(112) C. Loyer-Larher semble bien être de cet avis aussi : en effet, à propos de l'ordonnance du Premier Président de la Cour d'appel de Rennes (v. note 106 supra) qui avait refusé d'admettre la motivation implicite, exigeant une motivation propre à l'exécution provisoire, elle commente : "*Il était parfaitement possible de déduire dans chaque jugement, de la motivation sur le fond de l'affaire, une motivation implicite de l'exécution provisoire. En s'y référant, le Premier Président rennais, manifeste à l'égard des juges du premier degré une défiance que le législateur n'avait pas voulue, lui qui avait laissé au juge de l'exécution provisoire un pouvoir discrétionnaire*" ; Rev. jud. Ouest, 1984, p. 92.

## Section I - Faiblesse du domaine du pouvoir discrétionnaire indiscuté

150 - Le droit pénal d'une part (§ 1), le droit civil d'autre part (§ 2), nous fournissent de rares exemples de situations dans lesquelles il est reconnu qu'on a introduit des éléments de pouvoir discrétionnaire.

### *Paragraphe I : Évocation des exemples du droit pénal*

151 - Art. 463 AL 1 C.P. : "Les peines prévues par la loi contre l'accusé reconnu coupable, en faveur de qui les circonstances atténuantes auront été déclarées, peuvent être réduites d'après l'échelle des peines fixées aux articles 7, 8, 18 et 19, jusqu'à deux ans d'emprisonnement si le crime est passible d'une peine perpétuelle, jusqu'à un an d'emprisonnement dans les autres cas".

De l'avis de tous les auteurs l'octroi ou le refus de circonstances atténuantes relève de l'exercice, par le juge du fond, d'un pouvoir discrétionnaire (113).

La Cour de cassation "semble" être de cet avis si l'on en croit ce qu'elle affirmait le 23 décembre 1955 : "*L'existence des circonstances atténuantes est abandonnée à l'appréciation souveraine du juge du fait, qui n'est pas tenu de motiver sa décision à cet égard*" (?) (114).

152 - Il en va de même en ce qui concerne le pouvoir du juge d'accorder ou de refuser un sursis (115), de relever des peines accessoires ou complémentaires (116), de suspendre provisoirement l'exécution d'une peine (117), enfin de choisir à l'intérieur des limites légales, la peine à infliger au délinquant.

Ce dernier exemple du soin laissé au juge d'individualiser la peine en fixant sa mesure dans les limites du maximum et du minimum légaux, est un excellent exemple de pouvoir discrétionnaire laissé au juge.

En effet, le magistrat n'est pas lié par un élément simple qui doit emporter sa détermination. Il a une large appréciation à porter sur des facteurs généraux et multiples dont on lui a laissé *le soin d'estimer* l'importance. Il considérera le degré de responsabilité de l'agent, l'influence de la condamnation prononcée sur la conduite future, l'effet d'intimidation à produire en dehors du prétoire, etc. ...

Or personne d'autre ne peut porter cette appréciation aussi bien que lui. Obligation est faite dès lors de s'en remettre à son discernement. M. Boré analyse ce cas de pouvoir discrétionnaire comme étant celui dans lequel le législateur ne s'en remet pas complètement à la sagesse du juge puisqu'il lui assigne des "*limites chiffrées impératives*" (118).

153 - Comme le remarque cet auteur, le pouvoir discrétionnaire existe aussi lorsque la loi n'adresse au juge qu'une recommandation sur la manière de procéder (119).

C'est ce qu'il nous faut maintenant vérifier.

(113) L'avis est unanimement partagé par E. Giraud, "Étude sur la notion de pouvoir discrétionnaire", précité, p. 204 ; G. Marty, op. cit., p. 274, ainsi que J. Boré, "La cassation en matière pénale" précité, n° 2001.

(114) Bull. crim. n° 599. - V. dans le même sens Crim. 24 oct. 1973, *ibid.*, n° 379.

(115) Crim. 29 févr. 1896, S.97.1.62 ; 6 févr. 1973, Bull. crim. n° 65.

(116) Crim., 3 juillet 1975, Bull. n° 179 ; 5 févr. 1979.

(117) Crim., 15 juillet 1981, J.C.P. 81.IV, 359.

(118) J. Boré, "La cassation en matière civile" précité, n° 1611, p. 510. V. *supra* n° 39. Il faudra se souvenir de cette remarque lorsque nous étudierons l'octroi de délai de grâce ; v. *infra* n° 160.

(119) V. *supra* n° 39, p. 364.

*Paragraphe II - Les exemples de droit civil*

154 - Art. 645. C. civ. - "S'il s'élève une contestation entre les propriétaires auxquels ces eaux peuvent être utiles, les tribunaux, en prononçant, doivent concilier l'intérêt de l'agriculture avec le respect dû à la propriété ; et, dans tous les cas, les règlements particuliers et locaux sur le cours et l'usage des eaux doivent être observés".

L'art. 645 présente la particularité d'investir le juge d'un pouvoir, à première vue seulement, contraire à la prohibition des arrêts de règlements "fulminés" par l'art. 5 C. civ. Ils sont en effet habilités à édicter ce que l'on appelle des *règlements d'eau* (120).

Ce pouvoir est qualifié depuis le XIX<sup>ème</sup> siècle par la Cour suprême de "discretionnaire" aux termes d'une jurisprudence constante et abondante (121).

De la même façon les auteurs citent en exemple l'art. 645 lorsqu'ils traitent de ce sujet (122).

La nature de ce pouvoir n'est pas douteuse, aussi faut-il uniquement vérifier à quelles conditions il est exercé d'une part, dans quelles limites il est enfermé, d'autre part.

155 - Conditions du pouvoir du juge - Elles sont au nombre de quatre (123).

— Le juge ne peut prescrire un règlement d'eau que s'il tranche un litige relatif à l'usage des eaux courantes *non domaniales* bordant ou traversant plusieurs propriétés.

— Le litige doit être élevé entre *riverains*, l'action ne pouvant être introduite par un propriétaire dont le fonds serait séparé du cours d'eau par un chemin public.

— Le juge ne peut prononcer *d'office* un tel règlement, il doit être *saisi* de la demande.

— Enfin, il ne peut le prononcer que s'il n'existe pas déjà un règlement d'eau administratif établi dans l'intérêt public.

Même lorsque toutes ces conditions sont remplies, l'exercice de ce pouvoir reste, comme il est normal, étroitement limité.

156 - Limites du pouvoir du juge - En effet, si le juge est libre d'apprécier et de concilier les divers intérêts en jeu, la loi lui *recommande* (124) néanmoins de respecter la propriété ainsi que les règlements particuliers et locaux.

Aussi le magistrat a-t-il le devoir de s'informer de façon sérieuse et diligente, pouvant prescrire à cet effet toutes les mesures d'instruction qui lui semblent nécessaires, avant de décider d'ordonner la construction d'ouvrages, ou inversement leur démolition, les jours et les époques d'usage exclusif par l'un ou l'autre des riverains, la proportion des eaux attribuées à chacun...

(120) En réalité, les décisions des juges civils ne sont point assimilables aux arrêts de règlement puisqu'ils n'ont l'autorité de chose jugée qu'entre les parties à l'instance.

(121) V. par exemple : Req. 16 juin 1884, D.P. 1885.I.151 ; Req. 31 juillet 1907, D.P., I, p. 10 ; Cass. civ. 11 déc. 1907, D.P., I, 1908, p. 501 ; Cass. civ. 1<sup>o</sup> sect., 29 janv. 1958, D.1958, p. 187 ; Cass. civ. 3<sup>o</sup>, 6 janv. 1972, Bull. civ. III, n<sup>o</sup> 9, p. 7 ; Cass. civ. 4 févr. 1975, *ibid.*, n<sup>o</sup> 39.

(122) V. Faye, *op. cit.*, p. 166 ; J. Boré, "La cassation en matière civile" précité, n<sup>o</sup> 1612. Seul Marty, *op. cit.*, p. 275 avait contesté qu'il s'agisse d'un véritable pouvoir discretionnaire.

(123) Nous nous sommes directement inspiré de l'article de G. Mémeteau, *Juriscl. dt. civ.*, Fasc. 22, 1988, p. 14, auquel nous renvoyons pour plus de détails.

(124) Ainsi que M. Boré le souligne ; v. *supra* N<sup>o</sup> 153.

Le juge doit concilier des intérêts très contradictoires, parvenir à une position d'équilibre aussi satisfaisante que possible, qui soit, en d'autres termes, *équitable* pour tous.

De fait, M. Mémeteau (125) considère que "*le pouvoir d'établir un règlement d'eau est un pouvoir d'équité, (que) les tribunaux statuent discrétionnairement*".

L'équité par conséquent est bien, comme nous l'avions pressenti, un "signe" de discrétionnalité (126).

157 - Art. 2162 C. civ. - "Peuvent aussi être réduites comme excessives, les inscriptions prise d'après l'évaluation faite par le créancier des créances conditionnelles, éventuelles, ou indéterminées dont le montant n'a pas été réglé par convention.

L'excès, dans ce cas, est *arbitré* par les juges d'après les circonstances, les probabilités et les présomptions de fait, de manière à concilier les droits du créancier avec l'intérêt du crédit à conserver au débiteur, sans préjudice des nouvelles inscriptions à prendre avec hypothèque du jour de leur date, lorsque l'événement aura porté les créances indéterminées à une somme plus forte".

La Cour de cassation, le 21 février 1984, indiquait que "*les juges du fond disposent d'un pouvoir discrétionnaire pour évaluer les créances conditionnelles éventuelles, ou indéterminées servant de base à des inscriptions hypothécaires dont la réduction est demandée*" (127).

De fait, la loi invite à la solution retenue par La Cour suprême :

1) Le premier indice révélateur est l'utilisation du terme "arbitré".

2) En second lieu, il s'agit pour le juge d'apprécier s'il est opportun et juste de procéder à une réduction.

3) Enfin, le texte de la loi lui indique expressément qu'il devra prendre en compte plusieurs éléments pour porter son appréciation. Ce dernier n'est donc pas lié par un seul élément à prendre en considération, mais bien par "*différents facteurs, généraux et multiples, dont on lui a laissé le soin d'estimer l'importance*" (128).

158 - Comme cela fut fait pour le droit judiciaire, il convient de se demander si, en réalité, le pouvoir discrétionnaire ne se manifeste pas beaucoup plus souvent qu'il ne l'est généralement admis.

Ainsi sera franchie la dernière étape de notre réflexion.

## Section II - Réalité du domaine du pouvoir discrétionnaire

159 - L'octroi du pouvoir discrétionnaire relève de la loi. Par conséquent, c'est à l'analyse du texte qu'il faut procéder pour savoir si la faculté laissée au juge est discrétionnaire ou pas. Il n'est pas possible de prendre comme critère unique -ainsi que nous l'avons maintes fois souligné- la question du contrôle de la motivation.

Ainsi, l'analyse des articles 1244-1 et 1244-2 C. civ. d'une part (§ 1), 1152 1152 C. civ. d'autre part (§ 2), révèle que la nature du pouvoir octroyé au juge est bel et bien, dans les deux cas, discrétionnaire alors qu'il est qualifié de "pouvoir souverain".

Ce qu'il nous appartient de vérifier.

(125) Op. cit., p. 15, n° 87.

(126) V. *supra* n° 66.

(127) Cass. civ. 3°, 21 févr. 1984, Bull. civ. III, n° 46.

(128) V. *supra*, n° 152.

### *Paragraphe 1 : Le délai de grâce*

160 - Art. 1244-1 (L. n° 91-650 du 9 juillet 1991, art. 83) : "Toutefois, compte tenu de la situation du débiteur et en considération des besoins du créancier, le juge peut, dans la limite de deux années, reporter ou échelonner le paiement des sommes dues.

Par décision spéciale et motivée, le juge peut prescrire que les sommes correspondant aux échéances reportées porteront intérêt à un taux réduit qui ne peut être inférieur au taux légal ou que les paiements s'imputeront d'abord sur le capital.

En outre, il peut subordonner ces mesures à l'accomplissement, par le débiteur, d'actes propres à faciliter ou à garantir le paiement de la dette.

Les dispositions du présent article ne s'appliquent pas aux dettes d'aliments".

Art. 1244-2 : "La décision du juge, prise en application de l'art. 1244-1 suspend les procédures d'exécution qui auraient été engagées par le créancier. Les majorations d'intérêts et les pénalités encourues à raison du retard cessent d'être dues pendant le délai fixé par le juge".

Ancien Art. 1244 al. 2 C. civ. : "Les juges *peuvent* néanmoins, en considération de la position du débiteur et compte tenu de la situation économique, accorder pour le paiement des délais qui emprunteront leur mesure aux circonstances, sans toutefois dépasser deux ans, et surseoir à l'exécution des poursuites, toutes choses demeurant en l'état".

Art. 510 al. 2 N.C.P.C. : "L'octroi du délai doit être motivé".

Le délai ou terme de grâce est un délai que le juge accorde au débiteur dont la dette est exigible et que le créancier poursuit, pour se libérer. C'est un moyen exceptionnel et facultatif que la loi accorde aux tribunaux pour venir en aide au débiteur malheureux et gêné, en reculant l'échéance de la dette et en tenant compte de la situation des parties (129).

Règle d'ordre public, il n'est pas possible d'y renoncer par avance et le juge peut accorder un tel délai d'office. Néanmoins, faveur personnelle faite au débiteur malheureux *exclusivement*, elle ne peut donc être réclamée par son créancier par la voie de l'action oblique ou de l'action paulienne.

Notre objet n'est pas ici de découvrir quelle juridiction est compétente pour prononcer un tel délai, ni de savoir qu'elle est la portée de l'article 1244 (130), mais de procéder à l'analyse des textes pour vérifier la nature du pouvoir conféré au juge (A) afin, ensuite, de réfléchir à la question de la motivation exigée par l'article 510 al. 2 N.C.P.C. (B).

#### *A - L'analyse du texte de la loi*

161 - Il faut dans un premier temps lire le texte de très près (a), puis en tirer les conséquences (b).

(129) Le délai de grâce se distingue du *moratoire* qui est une mesure générale et exceptionnelle par laquelle le législateur suspend les échéances en raison de circonstances d'une gravité exceptionnelle comme l'état de guerre, par exemple.

Remarquons que les modifications opérées en 1991 n'ont nullement changé la nature du pouvoir octroyé au juge. Comment d'ailleurs aurait-il pu en être autrement ? C'est pour le vérifier que nous avons choisi de donner le texte de l'ancien article 1244 al. 2 du C. civ.

(130) V. pour cela : J. Issa-Sayegh, Juriscl. dt. civ. Fasc. 3, art. 1235-1248, p. 1 et s., ainsi que S. Guinchard, Juriscl. proc. civ. Fasc. 520, p. 1 et s.

### a) Lecture du texte

162 - 1) Tout d'abord, la première manifestation du pouvoir discrétionnaire apparaît avec l'utilisation, par le législateur, du verbe "pouvoir". Par là, il s'en remet déjà à l'appréciation du juge, mais est-elle pour autant discrétionnaire ? Il faudrait pour cela qu'il s'agisse d'une appréciation en *opportunité*.

2) Ensuite, le législateur lui indique les éléments qu'il peut prendre en compte, c'est-à-dire la situation du débiteur et les besoins du créancier, mais ce ne sont là que des indications qui ne limitent pas son pouvoir (131).

Il s'en suit que le juge peut prendre en considération d'autres éléments (132), que la liste donnée par le texte n'est pas limitative, que le juge est simplement invité à tenir compte de certains faits qu'il apprécie en toute liberté, selon sa conscience.

Ainsi pourra-t-il refuser, s'il l'estime justifié, tout délai de grâce à un débiteur même de bonne foi.

Un deuxième indice du pouvoir discrétionnaire est donc présent puisque, comme nous l'avons déjà constaté par deux fois (133), il est donné au juge de prendre en considération plusieurs facteurs dont il doit estimer l'importance avant d'adopter une solution que la Cour suprême ne contrôlera pas. Solution au demeurant qui portera sur l'opportunité, ou non, d'octroyer le délai de grâce.

3) Enfin, une troisième raison permet de penser qu'il s'agit *effectivement* d'un pouvoir discrétionnaire : en effet, le législateur s'en remet au juge pour apprécier, en cas d'octroi, la durée du délai qu'il convient de fixer.

Pour ce faire il se borne à lui assigner "*des limites chiffrées impératives*" à l'intérieur desquelles le magistrat a toute latitude pour agir. Or M. Boré considère, à juste titre, que, dans un tel cas, le juge est investi d'un pouvoir discrétionnaire (134).

D'ailleurs le juge civil est investi du même pouvoir que le juge pénal lorsque -exerçant sans conteste un pouvoir discrétionnaire- celui-ci individualise la peine (135) ; en effet, le juge civil est chargé, comme lui, de choisir la durée qui lui paraît la plus opportune dans les limites d'un minimum et d'un maximum légaux.

L'identité de situation appelant l'identité de nature du pouvoir octroyé, il s'agit bien, selon nous, d'un pouvoir discrétionnaire d'autant que la loi rappelait autrefois, en dernier lieu, que la durée du délai devait "*emprunter sa mesure aux circonstances*" et qu'aujourd'hui rien n'est changé, même si les termes pour le dire sont un peu différents.

### b) Conséquences de cette lecture

163 - La lecture attentive de l'art. 1244-1 C. civ. nous apprend donc que le pouvoir du juge s'exerce en deux temps.

En effet, il apprécie :

---

(131) La Cour de cassation a même cassé une décision qui avait refusé tout délai au motif que le débiteur ne remplissait pas "*l'une des conditions exigées par l'art. 1244 C. civ.*". En effet la Cour suprême estima que les juges, se croyant ainsi liés par des critères légaux alors qu'ils ne l'étaient pas, avaient méconnu l'étendue de leur pouvoir d'appréciation ; précité n° 7 p. 52 ; ainsi que Cass. com. 23 juin 1965, Bull. civ. III, n° 396.

(132) Tels que la situation du créancier ou même exceptionnellement du tiers dans le cas par exemple où le refus du terme de grâce et la poursuite de l'exécution causerait un préjudice grave à des personnes autres que le débiteur.

(133) V. *supra* n° 152 -157.

(134) V. *supra*, n° 152.

(135) V. *supra*, *ibid.*

— en premier lieu, l'opportunité d'octroyer (136) ou non (137) un délai de grâce

— en second lieu, s'il décide d'octroyer le délai, la durée qu'il lui paraît la plus appropriée de fixer en considération des faits de l'espèce.

Deux opérations incontestablement discrétionnaires qui étendent par conséquent le domaine du pouvoir discrétionnaire à l'article 1244-1.

L'objection pourrait être levée aussitôt selon laquelle c'est faire bien peu de cas de l'exigence expresse de motivation de l'art. 510 al. 2 N.C.P.C. que d'affirmer ainsi le caractère discrétionnaire de la décision qui prononce l'octroi de délai de grâce. Serait-ce vraiment une objection dirimante ?

### *B - La motivation de la décision octroyant le délai de grâce*

164 - Si l'on se limite au critère de distinction classique entre le "pouvoir discrétionnaire" et le "pouvoir souverain", la question du délai de grâce devient particulièrement embarrassante.

En effet, s'il est unanimement admis qu'en cas de refus de délai les juges n'ont pas à motiver leur décision (138), l'art. 510 al. 2 exige, comme nous venons de le voir, la motivation si le délai est accordé.

Dès lors, le pouvoir des juges ne serait discrétionnaire que tant qu'ils prononcent un refus pour se commuer en "simple" pouvoir souverain, parce qu'obligatoirement motivé, lorsqu'ils accorderaient ce même délai.

Une telle affirmation serait incohérente car la nature de l'appréciation portée dans les deux cas ne change pas, les magistrats effectuant les mêmes opérations, pesant des intérêts semblables, ayant la même liberté d'action tout au long du processus d'élaboration de la décision qui ne diffère que par la solution apportée.

165 - En vérité, il convient de nuancer cette jurisprudence apparemment contradictoire. Il apparaît à la réflexion que la décision, qu'elle soit de refus ou d'octroi du délai, est toujours motivée mais pas de la même manière.

Certes, en cas de refus, la Cour de cassation affirme que la décision n'a pas à être motivée mais il faut sous-entendre "spécialement" ou "expressément" motivée car en réalité, la motivation implicite est évidente : le silence du juge suffit à prouver qu'il n'a pas *estimé*, en son âme et conscience, que les circonstances justifient la demande. La Cour suprême se contente de cette "motivation" qui suffit à informer le plaideur. Point n'est besoin d'alourdir la décision inutilement.

À l'inverse une motivation expresse est exigée lorsque l'octroi de délai est décidé par le juge et la Cour de cassation veille cette fois-ci à ce que cette obligation soit effectivement remplie. Cependant, la raison de cette exigence n'est nullement le souci d'ôter au magistrat son pouvoir d'appréciation, qui reste discrétionnaire, mais

(136) Req. 7 juin 1859, D.P.60.1.21 qui décide : "Attendu, en droit, que si les juges peuvent, en considération de la position du débiteur et en usant de ce pouvoir avec une grande réserve, accorder au débiteur des délais modérés pour le paiement, ce pouvoir est purement discrétionnaire et abandonné à la conscience du juge"; Cass. civ. 2<sup>o</sup>, 11 oct. 1978, Bull. civ. II, n<sup>o</sup> 206.

(137) Cass. com. 8 févr. 1972, J.C.P. 73.I, 17386, note Ph. Kahn ; Cass. civ. 2<sup>o</sup> 10 juin 1970, D.1970, II, p. 153, qui parle d'un pouvoir "souverain" et consacre manifestement un pouvoir discrétionnaire ; Cass. civ. 1<sup>o</sup>, 5 juillet 1988, Bull. civ. I, n<sup>o</sup> 216 commentée par J.-L. Aubert au Rép. Not. Défr. 1989 ; 1<sup>o</sup> partie, p. 355, qui affirme : "L'arrêt du 5 juillet 1988 réaffirme de façon particulièrement éclatante le pouvoir souverain des juges du fond..." alors que la Cour avait statué en affirmant que "Le refus d'un délai de grâce relève du pouvoir discrétionnaire des juges du fond".

(138) Cass. Req. 7 juin 1859, précité ; Req. 8 nov. 1892, D.P. 93.1.33 ; J. Issa-Sayegh, précité, n<sup>o</sup> 82 ; S. Guinchard, précité, n<sup>o</sup> 18.

s'explique par le désir d'éclairer le créancier sur les raisons qui ont amené à ce qu'il soit fait obstacle à ses droits : en effet, il ne faut pas perdre de vue que l'octroi de délai de grâce représente un sursis à exécution d'un jugement, donc un événement perturbateur du déroulement normal de la procédure d'exécution.

L'on comprend parfaitement alors que le législateur ait spécialement insisté pour que le juge prenne la peine d'expliquer au créancier pourquoi il lui a paru légitime d'accorder ce délai.

"*Motivation explication*" donc ; par conséquent nullement incompatible avec l'exercice du pouvoir discrétionnaire (139).

### *Paragraphe II - La révision judiciaire des clauses pénales*

166 - Art. 1152 C. civ. : "Lorsque la convention porte que celui qui manquera de l'exécuter payera une certaine somme à titre de dommages-intérêts, il ne peut être allouée à l'autre partie une somme plus forte ni moindre.

Néanmoins le juge peut, même d'office, modérer ou augmenter la peine qui avait été convenue, si elle est manifestement excessive ou dérisoire. Toute stipulation contraire sera réputée non écrite".

Art. 1231 C. civ. : "Lorsque l'engagement a été exécuté en partie, la peine convenue peut même d'office être diminuée par le juge à proportion de l'intérêt que l'exécution partielle a procuré au créancier, sans préjudice de l'application de l'article 1152. Toute stipulation contraire sera réputée non écrite".

Les clauses pénales sont les clauses par lesquelles les contractants évaluent forfaitairement et par avance les dommages-intérêts dus par le débiteur en cas d'inexécution totale, partielle ou tardive du contrat (140).

Elles ont pour principale fonction de faire échec au pouvoir d'appréciation des dommages-intérêts, normalement réservé au juge, et cherchent donc à prévenir les difficultés de leur évaluation judiciaire, en fixant par avance un forfait.

Leur fonction incidente, lorsqu'elles sont fixées à un chiffre élevé, supérieur au montant du dommage prévisible, est de faire pression sur le débiteur ainsi incité à exécuter. Pour M. Mestre (141) il s'agit là de l'essence de la clause pénale : elle est une menace destinée, aux termes même de l'art. 1226 C. civ., à faire "*assurer l'exécution d'une convention*". Pour cette raison, il hésite à voir une clause véritablement pénale, dans la clause définie par l'art. 1152 C. civ. qui porte seulement que celui qui manquera d'exécuter la convention "*payera une certaine somme à titre de dommages-intérêts*". Cela parce que cette somme peut fixer un forfait inférieur au préjudice prévisible causé par l'inexécution du contrat et n'avoir par conséquent qu'un rôle partiellement exonératoire de responsabilité mais nullement comminatoire.

D'autres auteurs ont de la clause pénale une conception plus large et, comme le remarque M. Delebecque, "*les textes autorisent (à penser aussi), qui laissent entendre que l'article 1152 est le texte de base de la clause pénale malgré sa place dans le Code civil*" (142).

Un second argument de texte vient corroborer cette conception puisque la loi n° 75.597 du 9 juillet 1975 donnant au juge le pouvoir de réviser les clauses

(139) V. *supra* n° 97. Pour ces mêmes raisons, l'appréciation du bref délai prévu par l'art. 1648 C. civ., de ceux prévus par les art. 1655 et 1900 C. civ., ainsi que l'art. 109 N.C.P.C., est discrétionnaire aussi, à notre avis. Cf. *supra* note 1.

(140) Cf. Ph. Delebecque, *Juriscl. dt. civ. Fasc. 22*, art. 1146 à 1155, 1985, n° 1 auquel nous renvoyons pour une étude très complète de la clause pénale.

(141) J. Mestre, *R.T.D.C.* 1985, p. 372 et s.

(142) Précité, n° 8, p. 4.

pénales, avait pour titre "loi modifiant les articles 1152 et 1231 du Code civil sur la clause pénale".

Notre propos ne sera pas ici non plus d'analyser de façon détaillée la notion de clause pénale elle-même, ni d'étudier entièrement son régime juridique, mais seulement de rechercher si le pouvoir octroyé au juge du fond pour réviser les clauses pénales manifestement excessives ou dérisoires, est discrétionnaire (143).

Pour ce faire, il nous faut présenter brièvement la loi de 1975 (A), puis vérifier l'étendue du contrôle exercé par la Cour de cassation en la matière (B).

#### *A - Le pouvoir modérateur des juges du fond : la loi du 9 juillet 1975*

167 - La loi du 9 juillet 1975, à l'exemple de nombreux textes étrangers (144), a donné aux juges le pouvoir de réviser les clauses pénales manifestement excessives ou dérisoires. Cette réforme remet en cause le principe de la force obligatoire des conventions mais il faut nuancer cette affirmation en soulignant que le maintien de la clause pénale reste la règle, la modification, ayant par nature un caractère exorbitant, l'exception (145).

L'octroi d'un tel pouvoir modérateur s'était avéré nécessaire en raison des abus criants qui avaient été commis, notamment en matière de crédit-bail où la moindre défaillance de l'utilisateur l'exposait à payer des sommes considérables.

Ainsi la loi nouvelle a modifié d'une part l'art. 1152 C. civ. qui envisage le cas d'inexécution totale, d'autre part l'art. 1231 qui vise l'hypothèse d'une exécution partielle. Mais on considère que la loi joue pour tous les cas d'inexécution totale, partielle ou retard, et s'applique à tous les contrats (146).

Il importe de rechercher quelle est, en l'occurrence, la nature du pouvoir modérateur du magistrat.

168 - La nature du pouvoir modérateur (147) - Comme nous l'avons fait précédemment, il faut à nouveau procéder à la recherche d'indices qui révéleront peut-être la présence du pouvoir discrétionnaire.

1) Le législateur a insisté sur le caractère facultatif de l'intervention judiciaire - Une fois de plus il a employé le verbe "pouvoir" dans les deux articles modifiés.

Aussi, comme le remarque S. Sanz (148), le magistrat, saisi d'une demande de révision de la clause pénale, n'est pas obligé d'intervenir : c'est pour lui une *faculté* qu'il exerce en en appréciant l'*opportunité*.

Par conséquent, il semble bien que le juge dispose à cet égard d'un pouvoir discrétionnaire d'autant qu'il est soumis à une obligation de diligence. En effet le 9 février 1983 la Cour de cassation censurait une décision de la Cour d'appel de Paris au motif qu'"en refusant de rechercher si la peine devait être modérée, comme étant

(143) V., note n° 139 supra, Titre I, p. 371.

(144) V. Thilmany, "Fonction et révisibilité des clauses pénales en droit comparé", Rev. int. dr. comp. 1980, p. 17 et s..

(145) V. Ph. Delebecque, *ibid.*, n° 135.

(146) *ibid.*, n° 116, p. 16.

(147) V. supra n° 46, p. 366.

(148) "La consécration du pouvoir judiciaire par la loi du 9 juillet 1975 et ses incidences sur la théorie générale de la clause pénale", R.T.D.C., p. 277.

*excessive, la juridiction du second degré (avait) méconnu le pouvoir que lui conférait (l'art. 1152 )"(149).*

La Cour suprême, en sanctionnant non pas le refus de modérer la peine, mais le refus du juge de se demander si elle devait être modérée, indiquait que l'exercice de son pouvoir d'appréciation est un *devoir* même s'il reste *libre de sa décision*. N'est-ce pas là une des caractéristiques du pouvoir discrétionnaire selon M. Boré ?

Un second indice permet légitimement de penser que nous sommes bien en présence de manifestations du pouvoir discrétionnaire.

2) La notion d'équité fondement des art. 1152 et 1231 - L'objet de la loi du 9 juillet 1975 fut de permettre au juge de rétablir les "équilibres d'équité lorsqu'ils ont été rompus à l'initiative du plus fort" (150), c'est-à-dire de sanctionner les abus criants lorsqu'il "n'y a plus entre les services échangés une équitable réciprocité" (151).

Ce faisant, la loi n'a fixé aucun critère objectif pour guider le juge du fond, le chargeant seulement de modifier la peine qui lui *apparaissait manifestement* excessive ou dérisoire, s'en remettant par conséquent à son pouvoir discrétionnaire (152).

Ainsi le juge devient *arbitre*, le législateur ayant fait de lui un "*ministre d'équité*" (153).

Cette équité a beaucoup inquiété la doctrine qui prédisait tout à la fois que la loi nouvelle allait "*sonner le glas de la clause pénale*" (154), qu'elle était un peu "*l'aventure*" (155) qui portait en germe l'arbitraire, que le contentieux allait augmenter, que l'unité de jurisprudence entre les différentes Cours d'appel serait mise à mal (156), que le juge du fond, seul maître de l'opportunité de son intervention, souverain quant à l'ampleur de cette intervention, échapperait totalement, parce qu'investi d'un pouvoir "discrétionnaire", au contrôle de la Cour de cassation (157).

Pourtant ces prévisions pessimistes ne se sont pas réalisées. Les juges du fond n'ont pas utilisé leur pouvoir discrétionnaire pour tourner à leur guise la clause pénale ; pas plus que ce pouvoir ne s'est révélé incompatible avec le "contrôle" de la Cour de cassation.

Il ne pouvait en être autrement parce que, comme nous l'avons vu, le pouvoir discrétionnaire s'accommode parfaitement d'une "*certaine forme*" de contrôle dont il faut à présent découvrir les modalités (158).

### *B - Le contrôle exercé par la Cour de cassation*

169 - La matière de la clause pénale n'a pas été abandonnée complètement aux juges du fond. Dans une sorte de compromis la Cour suprême s'en remet à leur

(149) Cass. civ. 1<sup>o</sup>, 9 févr. 1983, Gaz. Pal. 84, I, p. 182, note F. Chabas.

(150) J.O. déb. Sénat, 18 juin 1975, p. 1747.

(151) S. Sanz, op. cit., p. 284.

(152) S. Sanz, ibid., p. 272 qui écrit : "*Si la loi nouvelle fixe les conditions dans lesquelles pourra modifier les peines, elle lui fait un acte de confiance en lui accordant un pouvoir discrétionnaire*".

(153) Ibid., p. 285.

(154) B. Boubli, "La mort de la clause pénale ou le déclin du principe d'autonomie de la volonté", cité par M. Saluden, "L'étendue du contrôle exercé par la Cour de cassation sur les juges du fond en matière de clause pénale", Gaz. Pal. 1984, I, p. 262.

(155) F. Chabas, "La réforme de la clause pénale", D. 1976, chron., p. 229.

(156) Cf. M. Saluden, op. cit., p. 262.

(157) G. Hubrecht, "La révisibilité judiciaire des clauses pénales", Gaz. Pal. 76, I, doct., p. 64.

(158) V. *supra* N<sup>o</sup> 98 à 110, p. 366 à 392.

appréciation tant sur les éléments de fait, que sur la qualification juridique elle-même -dont on sait qu'elle appartient traditionnellement à la sphère du droit mais garde un *droit de regard* sur la déduction opérée : elle vérifie si les magistrats ont procédé, à partir des éléments factuels sur lesquels s'exerçait leur appréciation souveraine, à une déduction logique concernant la qualification.

Cette forme de contrôle, qualifié de "léger" par les Conseillers à la Cour (159), a été inaugurée par un arrêt rendu en chambre mixte le 20 janvier 1978, qui cassa pour manque de base légale une décision qui en estimant la peine stipulée "*un peu élevée*" l'avait modérée. La Cour exigea du juge, modérant la peine, qu'il justifie son affirmation du caractère manifestement excessif et *éclaircisse son raisonnement* (160).

À partir de cette base de contrôle se sont développées de multiples règles jurisprudentielles élaborées par les différentes chambres de la Cour (161).

Leur étude peut être synthétisée en deux grandes tendances :

1) En premier lieu, lorsque le juge du fond refuse de modifier la clause pénale, il n'a pas à donner un motif à sa décision car, ce faisant, il applique purement et simplement la convention des parties (162). Le principe reste bien par conséquent de l'immutabilité de la clause pénale : le contrat est la loi des parties et si l'on respecte cette "loi" il n'y a pas à s'en expliquer.

2) En second lieu, lorsque le juge décide de modifier le montant de la clause pénale, c'est-à-dire opte pour la mise à l'écart de la convention des parties, il est tenu de rechercher et d'expliquer en quoi ce montant est manifestement excessif ou dérisoire (163).

S'il est admis que le juge apprécie souverainement le préjudice subi par le créancier et fixe librement le montant de l'indemnité résultant d'une clause pénale manifestement excessive, ce pouvoir n'est pas absolu pour autant et la Cour suprême lui interdit d'allouer une somme inférieure au montant du dommage (164).

En délimitant ainsi l'office du juge, la Cour veut montrer que le pouvoir octroyé n'est pas un pouvoir de sanction mais de modération : la clause pénale ne supprime pas "l'applicabilité" du droit de la responsabilité. L'intervention du juge n'est possible que pour ce qui "*dépasse le droit commun, le droit normal de la responsabilité*" (165). L'on rejoint ici l'idée d'équité en même temps que l'on retrouve une seconde idée qui n'est pas nouvelle (166) : le juge en révisant la clause pénale est enfermé entre un minimum -ne pas allouer une somme inférieure au montant du dommage subi par le créancier- et un maximum -le montant fixé par le contrat- impératifs, à l'intérieur desquels il est libre de sa solution.

170 - Le doute n'est plus permis : le pouvoir modérateur octroyé au juge en matière de clause pénale est effectivement discrétionnaire, tant pour décider ou non de l'opportunité de la modifier que pour apprécier la mesure de la modification à apporter.

(159) V. M. Saluden, op. cit., p. 263.

(160) D. 1978, I, R. p. 229, obs. Vasseur.

(161) V. pour une étude chambre par chambre, M. Saluden, précité.

(162) Cass. civ. 26 avril 1978, Bull. civ. III n° 160 ; Cass. soc. 24 mai 1978, Bull. civ. V, N° 385 ; Cass. com. 2 oct. 1979, Bull. civ. IV, N° 242, Cass. civ. 1° 23 févr. 1982, Bull. civ. I, N° 85.

(163) Cass. ch. mixte 20 janv. 1978 précité ; Cass. civ. 1°, 10 mai 1978, Bull. civ. I n° 187 ; Cass. com. 7 nov. 1978, Bull. civ. IV n° 252 ; Cass. civ. 3°, 1° juillet 1980, R.T.D.C. 1981, p. 153.

(164) Cass. civ. 1°, 24 juillet 1978, Bull. civ. I, n° 280 ; Cass. com. 3 févr. 1982, R.T.D.C. 1982, p. 603, obs. Chabas.

(165) F. Chabas précité, R.T.D.C. 1982, p. 603.

(166) V. *supra* n° 152.

Ce pouvoir est même *le plus parfait exemple* de pouvoir discrétionnaire au sens strict du terme. En effet :

1) Dans un premier temps les juges du fond sont investis d'un rôle *d'arbitre*. Le législateur, parce qu'il leur fait *confiance*, mais aussi parce que ces magistrats sont en *prise directe* avec la réalité sociale, s'en remet à leur appréciation et leur laisse toute liberté à la condition qu'ils se montrent diligents, sérieux et raisonnables.

À ce stade, le risque est grand d'un basculement vers l'arbitraire ; l'octroi de ce pouvoir est un "pari" qui peut s'avérer dangereux ...

2) Dans un deuxième temps, les juges révèlent qu'ils sont dignes de la confiance qui fut placée en eux puisque, confrontés à un certain nombre de clauses-type qui reviennent devant eux à l'occasion de l'application de certains contrats, ils se donnent des normes cohérentes d'application du droit ; ils établissent leur jurisprudence afin d'apprécier *de manière égale* des pénalités qui sont évaluées *suivant des critères comparables* (167).

3) Dans un troisième temps enfin, la Cour de cassation intervient *mais seulement* pour éviter que certaines décisions maladroites, inopportunes ou contraires à *l'esprit* de la loi ne soient maintenues. N'est-ce pas, d'une certaine manière, contrôler l'erreur manifeste commise dans l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire ?

## CONCLUSION

Dans l'ensemble de la littérature juridique de droit privé, quelques dizaines de pages sont consacrés au pouvoir discrétionnaire des juges du fond. Elles nous enseignent que lorsqu'ils sont investis d'un tel pouvoir, l'appréciation qu'ils portent, la solution qu'ils adoptent ne peuvent être remises en cause devant la Cour de cassation.

Aussi, considéré comme *"le degré suprême de la liberté"*, le pouvoir discrétionnaire est-il uniquement évoqué pour dénoncer les excès des magistrats du fond.

L'analyse de la notion de discrétionnalité révèle que la réalité est bien différente. En effet, le pouvoir discrétionnaire, loin d'être arbitraire, est l'instrument indispensable de celui qui veut -ou doit- trancher des intérêts contradictoires, disposer pour l'avenir, c'est-à-dire rechercher *"le juste milieu des choses"* (168).

Instrument de jugement d'une Justice proche des gens -comme celle de l'ancien juge de paix ou du cadî- donc en principe exempt de tout contrôle, le pouvoir discrétionnaire peut parfaitement s'adapter à une justice institutionnalisée où le juge n'est pas connu personnellement des parties.

En effet, l'idée de discrétionnalité contient en elle-même celle de Justice, du devoir d'agir du mieux possible ; elle exige de son titulaire qu'il parvienne à ce haut degré de conscience qui, seul, justifie le droit qu'on lui octroie de rendre la Justice.

(167) V. M. Saluden, op. cit., p. 265 qui relève que l'analyse des arrêts de la Cour d'appel de Rennes d'une part, de la Cour d'appel de Paris d'autre part, révèlent une certaine convergence dans l'application de l'art. 1152 C. civ. : une tendance des juges du fond à arbitrer le montant de la pénalité en fonction du dommage subi (même si d'autres considérations interviennent telle que la bonne ou la mauvaise volonté du débiteur).

(168) Les manifestations du pouvoir discrétionnaire sont donc, ainsi que nous l'avons déjà évoqué, plus nombreuses qu'il n'est d'usage de le dire : selon nous en effet, en plus des cas que nous avons signalés, le pouvoir discrétionnaire apparaît lorsqu'il s'agit d'apprécier l'intérêt de la famille de l'art. 1397 al. 1 C. civ., l'exceptionnelle dureté de l'art. 240 C. civ., de l'opportunité ou non de prononcer une adoption (art. 353 al. 3), encore, lorsque le juge est mis en situation, du fait d'une inexécution fautive de son obligation contractuelle par le débiteur, de choisir entre une mesure d'exécution et une mesure de réparation, etc...

Aussi, s'il se révèle indigne ou incompétent, le fait que son appréciation ait été discrétionnaire ne peut empêcher que sa solution soit remise en cause ; il y aura alors substitution de l'appréciation certes, mais justifiée par le souci de rendre une bonne justice.

Voilà bien le pouvoir discrétionnaire qui, tel le dieu Janus, présente un double visage ; à la fois liberté et contrainte, utilité et danger, expression du "*double aspect du Droit dont l'origine est transcendante mais le champ d'application pragmatique*" (169).

---

(169) G. Barthouil, "Hommes et femmes dans le chœur d'Eschyle", *Dioniso*, vol. LV, Annata 1984-85, p. 220.



R.R.J. 1992-3  
Pages 653 à 674

- III -

**DROIT ADMINISTRATIF**



# **CONTRIBUTION À L'ÉTUDE DU DOMAINE : LES BIENS «DÉPARTEMENTO-DOMANIAUX»**

Par

**Éric OLIVA**

*Attaché temporaire d'enseignement et de recherches de la Faculté de droit et de science politique d'Aix-Marseille, Docteur en Droit.*

## **I - LE RÉGIME JURIDIQUE DES BIENS «DÉPARTEMENTO-DOMANIAUX»**

**A) Les départements sont propriétaires de biens dont ils n'ont pas l'usage**

- 1) Le département conserve l'attribut essentiel du droit de propriété
- 2) Le droit de propriété des départements est très limité

**B) L'État est l'utilisateur de biens dont il n'a pas la propriété**

- 1) L'État est l'affectataire de certains biens «départemento-domaniaux»
- 2) Le droit d'usage de l'État sur les biens «départemento-domaniaux»

## **II - L'ORIGINALITÉ DES BIENS «DÉPARTEMENTO-DOMANIAUX» AU REGARD DE LA THÉORIE DU DOMAINE**

**A) L'atténuation de la distinction entre le domaine public et le domaine privé**

- 1) La différence de degré entre les biens du domaine public et les biens du domaine privé des départements
- 2) Les degrés de la domanialité des départements d'Outre-mer

**B) La généralisation de la technique des mutations domaniales**

- 1) L'existence d'une mutation domaniale initiale
- 2) La généralisation de la théorie des mutations domaniales

Si les départements d'Outre-mer sont soumis au principe d'assimilation, certaines adaptations s'avèrent nécessaires afin de tenir compte de leurs spécificités propres. Le droit du domaine en est une parfaite illustration. On connaît par exemple, la règle des cinquante pas géométriques qui a fait l'objet de nombreux travaux (1). Les biens «départemento-domaniaux» (2) n'ont en revanche fait l'objet à notre connaissance d'aucune étude particulière. Pourtant le régime de ces biens n'est pas récent et présente une certaine originalité. La création des biens «départemento-domaniaux» est liée à la départementalisation des quatre «vieilles colonies» (3). Les biens de l'ancien domaine public et privé colonial sont alors répartis entre l'État et les départements d'Outre-mer nouvellement créés. Cette répartition s'est réalisée en plusieurs étapes. Le décret n° 47-2222 du 6 novembre 1947 (4) a d'abord posé le principe de la répartition des biens de l'ancien domaine colonial entre l'État et les départements d'Outre-mer. Un arrêté interministériel devait, aux termes de ce décret, intervenir avant le 31 décembre 1947 afin de déterminer la nouvelle affectation des biens. Cette tâche ne fut pas des plus aisées puisque le décret n° 48-559 du 30 mars 1948 (5) prorogea le délai initialement prévu jusqu'au 30 juin 1948. Finalement, le 30 juin 1948, un arrêté interministériel détermina l'affectation des biens dont la propriété appartenait aux nouveaux départements (6). Les biens «départemento-domaniaux» étaient nés.

Les biens «départemento-domaniaux» peuvent se définir comme les biens de l'ancien domaine colonial transférés aux départements d'Outre-mer en application du décret du 6 novembre 1947 précité. Leur étude n'est pas une étude historique, car plus de quarante années après leur édicition, les textes régissant les biens «départemento-domaniaux» sont toujours en vigueur et constituent le droit positif. Même si le régime «départemento-domanial» intéresse tous les départements d'Outre-mer la présente étude portera essentiellement sur le cas de la Réunion. Les biens «départemento-domaniaux» représentent près de 40 % des biens appartenant à ce département. De plus, une affaire relative à certaines dépendances «départemento-domaniales» oppose actuellement le département au préfet de la Réunion. Dès lors, le régime des biens «départemento-domaniaux» fait l'objet d'une actualité particulièrement brûlante.

Le régime juridique des biens «départemento-domaniaux» sera présenté en premier lieu (I). Il conviendra de s'interroger ensuite sur l'originalité des biens «départemento-domaniaux» au regard de la théorie du domaine (II).

(1) Brunet D. «De la réserve domaniale dite des cinquante pas géométriques à l'île de la Réunion», Saint-Denis, 1882 ; Denis G. «Étude sur les cinquante pas géométriques dans nos colonies», Paris, 1911 ; Wilhem P. «La réserve des cinquante pas du roi depuis ses origines jusqu'en 1825», Thèse, Paris, 1966 ; ainsi que de nombreux articles.

(2) L'expression biens «départemento-domaniaux» qui sera employée au cours de cette étude constitue un néologisme employé par les administrations d'outre-mer. Elle concerne les biens que nous définirons par la suite régis par le décret n° 47-2222 du 6 novembre 1946 ainsi que ses textes d'application.

(3) C'est-à-dire la Guadeloupe, la Guyane française, la Martinique et la Réunion. Loi du 19 mars 1946, *Journal officiel de la République française*, 20 mars 1946, p. 2294.

(4) *Journal officiel de la République française*, 21 novembre 1947, pp 11519-11520.

(5) *Journal officiel de la République française*, 31 mars 1948, p. 3087, rect. 3 avril 1948, p. 3251.

(6) Arrêté interministériel du 30 juin 1948, *Journal officiel de la République française*, 6 juillet 1948, pp 6549 et suivantes.

## I - LE RÉGIME JURIDIQUE DES BIENS «DÉPARTEMENTO-DOMANIAUX»

Il résulte des textes que les départements sont propriétaires de certains biens dont ils n'ont pas l'usage (A). En revanche, les services de l'État sont les utilisateurs de certains biens dont ils n'ont pas la propriété (B).

### A) Les départements sont propriétaires de biens dont ils n'ont pas l'usage

L'arrêté du 30 juin 1948 (7) a affecté certains biens aux services départementaux. Le département est utilisateur de ces derniers comme il en est le propriétaire. Tel est par exemple le cas de la salle du Conseil général du département de la Réunion (8). Dans les textes, ces biens sont fort peu nombreux en rapport avec ceux affectés à l'État ou à ses services. Il est loisible de constater que le département conserve pour ces derniers l'attribut essentiel du droit de propriété (1). En pratique, ce droit de propriété est fort limité (2).

#### 1) Le département conserve l'attribut essentiel du droit de propriété

Classiquement, l'attribut essentiel du droit de propriété se manifeste dans le privilège du propriétaire de pouvoir aliéner le bien, c'est-à-dire dans *l'abusus*. La propriété des départements sur les biens «départemento-domaniaux» a été consacrée par les textes d'abord et par la jurisprudence ensuite.

#### a) Les textes

L'article 1er du décret n° 47-2222 du 6 novembre 1947 dispose : «À compter du 1er janvier 1948 les biens mobiliers et immobiliers constituant l'ancien domaine colonial public et privé dans les départements d'Outre-mer créés par la loi du 19 mars 1946 seront répartis entre l'État, les départements et éventuellement les communes, suivant la procédure définie aux articles ci-après» (9). L'article 3 du même décret prévoit qu'un arrêté doit déterminer pour chaque département, la nouvelle affectation de biens de l'ancien domaine colonial (10). Le département des finances et des affaires économiques a par ailleurs demandé au Conseil d'État un avis, rendu le 12 mars 1948, aux termes duquel la Haute assemblée a reconnu que les nouveaux départements conservaient dans l'ensemble la propriété des biens qui, sous le régime antérieur, appartenaient à la colonie dont ils sont respectivement les successeurs (11).

(7) Arrêté du 30 juin 1948 portant répartition des biens de l'ancien domaine colonial dans les départements de la Guadeloupe, de la Guyane française, de la Martinique et de la Réunion, *Journal officiel de la République française* 5 juillet 1948 p. 6549.

(8) Ibid. Tableaux annexes p. 6556.

(9) Décret n° 47-2222 du 6 novembre 1947 relatif à l'attribution de l'ancien domaine colonial dans les départements de la Guadeloupe, de la Guyane française, de la Martinique et de la Réunion, *Journal officiel de la République française*, 21 novembre 1947, p. 11520.

(10) Ibid. Compétence étant attribuée en la matière au Ministre des finances ainsi qu'aux Ministres intéressés.

(11) Note du secrétaire d'État aux finances adressée au préfet de la Réunion le 30 août 1948.

### b) La jurisprudence

La position adoptée par le Conseil d'État en ses formations administratives sera par la suite confirmée au contentieux dans un arrêt d'assemblée du 26 février 1954. Le département de la Guadeloupe a en effet introduit deux requêtes : l'une tendant à l'annulation pour excès de pouvoir du décret du 6 novembre 1947 précité, l'autre tendant à l'annulation pour excès de pouvoir de l'arrêté du 30 juin 1948 également précité. Afin de contester la légalité du décret du 6 novembre 1947, le département de la Guyane faisait valoir que ce texte était entaché d'incompétence en ce qu'il violait directement l'article 86 de la Constitution du 27 octobre 1946 (12). L'Assemblée du Conseil d'État ne donnera pas gain de cause à la requête du département, mais affirmera sans équivoque le droit de propriété des départements sur les biens «départemento-domaniaux». Ainsi, la Haute juridiction décidera que «...si les nouveaux départements doivent être considérés comme ayant conservé la propriété du domaine public et privé des anciennes colonies, le changement du régime juridique de ces dernières [...] impliquait nécessairement la modification de la répartition des services publics entre l'État, les départements et les communes ; que, dans ces conditions, il incombait à l'autorité compétente de constater, par une disposition réglementaire entrant dans l'exercice normal des ses attributions les changements d'affectation résultant pour le domaine colonial du nouveau régime» (13). L'arrêté édicté pour l'exécution du décret du 6 novembre fut déclaré légal le même jour (14). Il résulte de ces décisions que les départements d'Outre-mer sont les propriétaires des biens «départemento-domaniaux». Cependant, leur droit de propriété est très limité.

#### *2) Le droit de propriété des départements est très limité*

Les départements ne jouissent pas de tous les attributs du droit de propriété. S'ils disposent de l'*abusus*, il résulte de l'arrêté du 30 juin 1948 que pour la plupart d'entre eux, les biens «départemento-domaniaux» sont affectés à l'usage de l'État ou de ses services. Les départements d'Outre-mer ne peuvent utiliser ces dépendances comme bon leur semble (a). Cette limitation du droit d'user du bien est lourde de conséquences en ce qui concerne la disponibilité de ces biens (b). En définitive on peut considérer que les départements ne peuvent pas aliéner ces biens tant qu'ils demeurent utilisés par l'État (c).

#### a) Les départements ne jouissent pas du droit d'usage

Les départements d'Outre-mer ne peuvent pas utiliser les biens «départemento-domaniaux» dont ils sont en quelque sorte les "nu-propriétaires". Ce principe a été posé par l'arrêté du 30 juin 1948 portant répartition des biens de

(12) Article 86 de la Constitution du 27 octobre 1946 : «Le cadre, l'étendue, le regroupement éventuel et l'organisation des communes et départements, territoires d'Outre-mer, sont fixés par la loi». Le décret méconnaissait pour le département de la Guadeloupe cette réserve légale posée par la Constitution de 1946.

(13) Conseil d'État, Ass. 26 février 1954, Département de la Guadeloupe, Rec. p. 129.

(14) Conseil d'État, Ass. Département de la Guadeloupe, Rec. p. 129 : «Considérant qu'il résulte de l'instruction que l'arrêté interministériel du 30 juin 1948 attaqué, intervenu avant l'expiration du délai légalement fixé par le décret du 30 mars 1948 et contre lequel aucun vice propre n'est allégué, se borne à faire application des règles posées par le décret du 6 novembre 1947, dont la légalité a été reconnue par une décision rendue ce jour par le Conseil d'État sur la requête du département de la Guadeloupe».

l'ancien domaine colonial dans les départements d'Outre-mer. Le Conseil d'État en ses formations administratives a considéré que d'une manière générale l'arrêté du 30 juin 1948 consacrait seulement une attribution d'usage pour l'État et non de propriété (15). Les biens «départemento-domaniaux» sont utilisés par l'État et affectés par celui-ci.

Le Conseil d'État au contentieux a considéré que le décret du 6 novembre 1947 «*n'a pas eu d'autre objet ni d'autre effet que de faire procéder à la constatation pour chaque département de la nouvelle affectation des biens composant l'ancien domaine colonial par un arrêté du Ministre des finances et des Ministres intéressés*» (16). La principale curiosité des biens «départemento-domaniaux» réside en ce que l'État pourra utiliser des biens qui appartiennent au domaine public ou privé du département. L'exercice du droit de propriété du département se trouve suspendu aussi longtemps que durera l'utilisation par l'État de ces biens. Les départements recouvreront la pleine disposition des biens lorsque ceux-ci auront été reconnus inutiles au fonctionnement des services dont la charge incombe à l'État. En d'autres termes, les biens «départemento-domaniaux» sont grevés d'une servitude d'affectation rendant le bien indisponible.

#### b) Une servitude d'affectation conditionnant l'indisponibilité des biens

Traitant du pouvoir d'affectation des collectivités locales sur leurs biens, M. Duverger faisait observer que certaines propriétés locales sont grevées d'une servitude d'affectation (17). M. Duverger cite le cas des églises et autres édifices du culte dont la propriété a été reconnue aux communes (18). Il remarque que ces biens sont grevés d'une affectation imposée par l'État aux communes. «*Le droit de propriété des collectivités locales sur les biens se trouve ainsi grevé d'une véritable servitude qui vient limiter son exercice. Il ne comporte plus la prérogative d'affecter ou de désaffecter*» (19). La même remarque est acceptable en ce qui concerne les biens «départemento-domaniaux». Le droit de propriété des départements d'Outre-mer se trouve grevé d'une véritable servitude d'affectation qui résulte de l'arrêté du 30 juin 1948 (20).

Cette servitude d'affectation a pour effet de rendre indisponible le bien pour son propriétaire tant que sa désaffectation (ou son déclassement) n'est pas prononcée par l'autorité étatique. La propriété est liée à la décision du service affectataire du bien qui demeure indisponible pour autant qu'il est toujours utile (21). Juridiquement le propriétaire est en droit d'aliéner les biens affectés, mais il se trouve

(15) Note adressée par Le Secrétaire d'État aux finances au préfet de la Réunion, le 30 août 1948.

(16) Conseil d'État, Ass., 26 février 1954, Département de la Guadeloupe, Rec. p. 129.

(17) Duverger M. «L'affectation des immeubles domaniaux aux services publics», LGDJ, 1941, p. 91. L'auteur estime par exemple que les biens que l'État a transféré à certaines collectivités locales sont grevés d'une affectation lorsque cette donation se réalise à la condition de respecter l'ancienne affectation du bien.

(18) Avis du Conseil d'État des 3 nivôse et 2 pluviôse An XIII.

(19) Duverger M. op. cit. p. 91.

(20) Ce texte est assorti de tableaux en annexe qui détaillent l'affectation de chaque bien. *Journal officiel* 6 juillet 1948, p. 6563-6564.

(21) La théorie de l'indisponibilité au sens strict a été consacrée par une décision du Conseil d'État en date du 17 février 1932, Commune de Barran (Rec. p. 189, Note Capitain R. D 1933, p. 49). Cette théorie repose sur le constat que l'affectation ne prive pas le propriétaire du pouvoir d'aliéner le bien. Une aliénation sera possible à la condition que le nouveau propriétaire respecte l'affectation qui greève le bien. Aussi séduisante qu'elle soit, la théorie de l'indisponibilité ne semble pas pouvoir trouver d'application en ce qui concerne les biens «départemento-domaniaux».

dans l'impossibilité pratique de le faire, par suite de l'utilisation du bien par le service affectataire (22).

En réalité il semble que les biens «départemento-domaniaux» soient tout simplement inaliénables. Tel est du reste le sens de la note du Secrétaire d'État aux finances en date du 30 août 1948 déjà citée : *«l'exercice de ce droit de propriété se trouve suspendu aussi longtemps que durera l'utilisation par l'État de ces biens»*.

### c) L'inaliénabilité des biens «départemento-domaniaux»

Les biens «départemento-domaniaux» ne peuvent être aliénés par le département sans l'accord préalable des services de l'État. En ce qui concerne les biens du domaine public, la procédure du déclassement par les services de l'État sera nécessaire. S'agissant des biens du domaine privé, il faut distinguer selon que ceux-ci sont soumis au régime forestier ou non. Si les biens sont en nature de forêts ou de terrains à boiser la distraction du régime forestier sera nécessaire (23). Pour les autres biens du domaine privé affectés, une seule décision de désaffectation doit suffire.

La question des biens «départemento-domaniaux» prend alors toute son acuité. Dans les deux autres cas, précédemment évoqués, il est clair que l'aliénation nécessite un acte de volonté de l'autorité étatique (déclassement ou distraction du régime forestier). Pour les autres biens privés, peut-on considérer que la non-utilisation des biens par l'État entraîne la perte du droit d'usage de ce dernier et permet alors au département de recouvrer l'entière propriété du bien ? Peut-on concevoir que l'inutilisation prolongée du bien par les services de l'État ait pour effet de sanctionner une désaffectation de fait du bien ?

C'est ce qu'a voulu faire valoir le département de la Réunion à propos de certains biens soumis au régime forestier (24). Le Tribunal administratif de Saint-Denis de la Réunion n'a pas accepté cette thèse. Saisi par le préfet d'une délibération du Conseil général autorisant l'aliénation de certaines parcelles soumises au régime forestier, le Tribunal administratif a décidé qu'*«en l'absence de toute modification par voie législative ou réglementaire des dispositions susmentionnées, le bureau du Conseil général ne pouvait légalement déclarer comme il l'a fait par l'article 1 de la décision déférée, ni que le département recouvrait la pleine et entière propriété desdits biens comprenant à la fois l'usus, le fructus et l'abusus, ni qu'il pouvait réaliser diverses transactions sur ces biens ;»* (25). La juridiction administrative a expressément rejeté la thèse de la perte tacite de l'usage du bien par l'État.

Une autre solution aurait été difficilement envisageable car elle se serait heurtée à deux principes fondamentaux du droit administratif. D'une part, elle se serait heurtée au principe du parallélisme des formes et des compétences qui revêt en matière d'affectation une importance toute particulière (26). En l'espèce, sachant que l'affectation a été prononcée par un arrêté interministériel, il est clair que la même disposition réglementaire devait être requise (27). D'autre part, la thèse de la perte

(22) Duverger M., op. cit. p. 323.

(23) Code Forestier Article L 141-1 et L 173-2 pour le Département de la Réunion.

(24) Rappelons qu'en vertu de l'article L 173-2 du Code forestier : «Les forêts ou terrains soumis au régime forestier et appartenant au département sont inaliénables et imprescriptibles».

(25) Tribunal administratif de Saint-Denis de la Réunion, 3 juillet 1991, Inédit.

(26) Ce principe général du droit administratif veut que la procédure suivie pour la modification ou l'abrogation d'un acte réglementaire soit identique à celle suivie pour leur élaboration. Debbasch Ch. «Institutions et droit administratifs», PUF Thémis 1992, p. 136.

(27) Toutefois, la règle du parallélisme des formes peut connaître certaines exceptions en tout cas dans la pratique. Ainsi Cl. Durand fait-il valoir que : «même en admettant que l'administration ait eu la plus

par l'État de son droit d'usage aboutit à consacrer la théorie de la désaffectation de fait. La question de l'existence d'une possible désaffectation de fait a soulevé de nombreuses controverses doctrinales (28). Pour ce qui concerne les biens «départemento-domaniaux», cette théorie ne paraît pas acceptable car elle tend à faire considérer que le décret du 6 novembre 1947 ainsi que l'arrêté du 30 juin 1948 prononçant l'affectation des biens sont tous deux tombés en désuétude. Or, il s'agit d'un autre principe général du droit administratif que les actes ne disparaissent pas par désuétude (29). La thèse soutenue par le département se heurte à la fois au principe du parallélisme des formes et des compétences et à la règle selon laquelle un acte réglementaire ne saurait disparaître par désuétude.

En réalité, la désaffectation ne peut être prononcée que par l'État et il ne saurait en l'espèce y avoir de place pour une décision implicite. Cela est la conséquence du particularisme des biens «départemento-domaniaux». Ces biens sont en effet utilisés par l'État alors qu'il n'en est pas le propriétaire.

## B) L'État est l'utilisateur de biens dont il n'a pas la propriété

L'État jouit d'un droit d'usage sur les biens «départemento-domaniaux». Le droit d'usage des services de l'État puise son fondement dans l'affectation initiale des biens. Il résulte de l'arrêté du 30 juin 1948 que l'État est affectataire de certains biens (1). Cette affectation confère aux services de l'État et parfois à certains établissements publics nationaux le privilège d'user du bien ainsi que certaines obligations de gestion (2).

### 1) L'État est l'affectataire de certains biens «départemento-domaniaux»

Seul l'État peut décider de l'affectation des biens «départemento-domaniaux» (a). En vertu du principe du parallélisme des formes et des compétences, seul l'État peut également décider de la désaffectation des mêmes biens (b).

#### a) La décision d'affecter

À l'origine, la décision d'affecter les biens «départemento-domaniaux» appartient à l'État quand bien même celui-ci ne serait pas propriétaire desdits biens. L'article 3 alinéa 2 du décret n° 47-2222 du 6 novembre 1947 est parfaitement explicite : «Un arrêté du ministre des finances et des ministres intéressés, qui devra intervenir avant le 31 décembre 1947, déterminera pour chaque département la nouvelle affectation de l'ancien domaine colonial» (30). La décision initiale d'affectation est l'arrêté du 30 juin 1948 lequel détermine dans des tableaux annexes, la nature du bien, son affectation ainsi que le service affectataire (31). Pour le département de la Réunion, les principaux services affectataires sont : les travaux publics, les postes

---

grande liberté dans le choix du mode d'affectation, elle ne respecte pas pour "désaffecter" la forme de l'affectation», «Désaffectation et déclassement des biens du domaine public», RDP 1956, p. 253. Dès lors, on peut valablement estimer que la désaffectation peut au minimum être prononcée par le service affectataire et non obligatoirement par un arrêté interministériel.

(28) Cf Durand CL., op. cit. p. 262-267.

(29) Debbasch Ch., op. cit. p. 147-148. L'auteur cite justement en matière de domanialité publique un arrêt du Conseil d'État en date du 5 janvier 1955, Lajouge, Rec. p. 5.

(30) Décret n° 47-2222 du 6 novembre 1947, *Journal officiel de la République française*, 21 novembre 1947, p. 11520.

(31) Arrêté du 30 juin 1948, *Journal officiel de la République française*, 6 juillet 1948, pp 6563-6564.

télégraphes et téléphones, l'éducation nationale, la justice, la France d'outre-mer, les finances et affaires économiques et surtout l'agriculture (eaux et forêts).

Il faut convenir que cette affectation opérée par l'État déroge au droit commun. Il est clair que normalement la collectivité propriétaire est compétente (sous le contrôle de l'État) pour affecter ses biens aux services publics locaux. En l'espèce, le principe devient l'exception et l'État décide de l'affectation des biens à la place du département (32). Cela s'explique par les adaptations dont la législation métropolitaine a fait l'objet dans les départements d'Outre-mer. La compétence initiale de l'État pour l'affectation des biens «départemento-domaniaux» entraîne également la compétence de l'État pour décider des changements d'affectation ou de la désaffectation. La désaffectation doit être étudiée (33).

### b) La décision de désaffecter

L'application stricte du principe du parallélisme des formes voudrait que la désaffectation des biens «départemento-domaniaux» ne puisse se réaliser que par un arrêté interministériel. Pourtant la mise en œuvre du principe du parallélisme des formes est très lourde. On aurait pu estimer que la désaffectation de ces biens se réalise dans le seul respect du principe du parallélisme des compétences. La désaffectation serait prononcée par une autorité étatique déconcentrée. Le Tribunal administratif de Saint-Denis de la Réunion ne semble pas s'être engagé dans cette voie. Par un jugement du 3 juillet 1991, le juge de première instance a considéré qu'en l'absence de modifications des dispositions législatives et réglementaires (34) «*le bureau du Conseil général ne pouvait légalement déclarer [...] ni que le département recouvrait la pleine et entière propriété desdits biens comprenant à la fois l'usus, le fructus et l'abusus, ni qu'il pouvait réaliser diverses transactions sur ces biens ;*» (35). Le Tribunal administratif, constatant que les textes n'avaient subi aucune modification semble requérir l'exigence d'un arrêté interministériel afin de prononcer la désaffectation des biens «départemento-domaniaux». En d'autres termes, la désaffectation doit être prononcée dans le strict respect du principe du parallélisme des formes et des compétences.

Il faut obligatoirement une décision expresse de désaffectation. Il résulte de ce jugement que tant que ces biens sont affectés, l'État jouit d'un véritable droit d'usage.

### *2) Le droit d'usage de l'État sur les biens «départemento-domaniaux»*

Les biens «départemento-domaniaux» font l'objet d'un réel démembrement du droit de propriété. Le département propriétaire est titulaire de l'*abusus*. L'État dispose de l'*usus* et du *fructus* (a), cependant il doit assumer la gestion des biens (b).

(32) Les tableaux annexés à l'arrêté du 30 juin 1948 déterminent l'affectation des biens attribués aux départements.

(33) Le changement d'affectation n'a pas de conséquences s'il s'agit d'une affectation interne entre les services de l'État.

(34) Au nombre desquelles figurent le décret n° 47-2222 du 6 novembre 1947 et l'arrêté du 30 juin 1948 précités.

(35) Tribunal administratif de Saint-Denis de la Réunion, 3 juillet 1991, Inédit.

### a) Le droit d'usage de l'État

Le droit d'usage de l'État est consacré par l'arrêté du 30 juin 1948 (36). Cet arrêté a été interprété comme consacrant seulement une attribution d'usage et non de propriété (37).

L'utilisation par l'État des biens «départemento-domaniaux» emporte deux conséquences importantes. D'une part, l'État n'assumant la charge de la gestion desdits biens que dans le seul intérêt général, l'utilisation de ces biens par les services publics ne saurait donner lieu à aucune redevance ou loyer, même à titre nominal, au profit des départements. Le département n'est pas un bailleur. L'affectation aux services de l'État est gratuite (38).

D'autre part, le département pourra, lorsqu'il aura recouvré la pleine propriété d'un bien, intenter une action tendant à la réparation des dommages subis par le bien du fait de son utilisation par l'État (39). Enfin, le droit d'usage de l'État impose à ce dernier la charge des actes de gestion de ces biens.

### b) L'État assume la gestion des biens «départemento-domaniaux»

La note adressée au Préfet de la Réunion le 30 août 1948 est très claire : *«Il va de soi [...] que les immeubles utilisés dans ces conditions resteront régis par l'État tant qu'ils n'auront pas cessé définitivement d'être nécessaires, non seulement au service auquel ils auront été initialement affectés, mais encore éventuellement, à l'un quelconque des services entretenus par l'État dans le département intéressé»* (40). L'État, utilisateur des biens «départemento-domaniaux», en assure également les charges de gestion.

Il convient de noter que les bois et forêts font l'objet d'une gestion particulière. Ils ont été affectés au service des eaux et forêts en 1948, mais leur gestion relève depuis la loi du 23 septembre 1964 de la compétence de l'Office national des forêts. Dès lors, trois personnes publiques se superposent : le département propriétaire des biens qui relèvent de son domaine privé, l'État, titulaire du droit d'usage et l'Office national des forêts, établissement public industriel et commercial (41) qui en est le gestionnaire conformément aux dispositions du code forestier. Cette superposition de personnes publiques tient au caractère particulier des biens ainsi que du régime forestier. La gestion de ces biens est l'œuvre de l'Office national des forêts, tandis que l'État (agriculture) en est l'affectataire.

Pour les autres biens «départemento-domaniaux», la gestion est attribuée aux services de l'État affectataires depuis l'arrêté du 30 juin 1948, que ces biens ressortissent au domaine public ou privé du département.

(36) Article 1er de l'arrêté du 30 juin 1948 : «La gestion de l'ancien domaine colonial immobilier dans les départements de la Guadeloupe, de la Guyane française, de la Martinique et de la Réunion est assurée par l'État, les départements et les communes d'après la répartition des biens composant ce domaine qui est prévue aux tableaux ci-annexés», *Journal officiel de la République française*, 6 juillet 1948, p. 6549.

(37) Conseil d'État, avis du 12 mars 1946.

(38) Cela est justifié par le fait qu'il n'y a pas de préjudice en l'absence d'un transfert de propriété.

(39) Concl. Teissier G., sur Conseil d'État 16 juillet 1909, Ville de Paris, Rec. p. 717. Conseil d'État 13 mars 1925, Ville de Paris c/ Chemin de fer d'Orléans, Rec. p. 271, D 1926, 3, p. 37, Concl. Rivet ; Note Waline M. S 1925, 3, p. 63.

(40) Note du 30 août 1948 précitée.

(41) Loi de finances pour 1961.

En définitive, le régime juridique des biens «départemento-domaniaux» est marqué d'une forte prééminence de l'État. Les difficultés issues de ce régime juridique avaient déjà été envisagées par les autorités dès 1948. Le Secrétaire d'État aux finances écrivait à l'époque : *«Mais en raison des risques de perte ou d'usure et pour prévenir toutes difficultés, il conviendra de recommander aux services intéressés de s'entendre avec le département pour acquérir, toutes les fois que ce sera possible, dans les formes du droit commun et moyennant un juste prix, la propriété du mobilier qu'ils détiennent»* (42). Une recommandation identique aurait pu être formulée pour les biens immobiliers. Cependant une telle décision outre qu'elle aurait considérablement réduit le domaine immobilier départemental aurait été fort lourde sur le plan financier. Ces contraintes ont donné le jour aux biens «départemento-domaniaux» dont il convient de présenter l'originalité.

## II - L'ORIGINALITÉ DES BIENS «DÉPARTEMENTO-DOMANIAUX» AU REGARD DE LA THÉORIE DU DOMAINE

Le régime juridique des biens «départemento-domaniaux» présente une certaine originalité si on le compare à celui des autres biens des personnes publiques. Cette originalité se manifeste de deux façons. D'une part il apparaît que la distinction classique entre les biens du domaine public et du domaine privé est sensiblement atténuée (A). D'autre part, si le régime juridique des biens «départemento-domaniaux» est très proche de la théorie des mutations domaniales (43), on peut considérer qu'en l'espèce la mutation domaniale est véritablement généralisée (B).

### A) L'atténuation de la distinction entre le domaine public et le domaine privé

La distinction entre le domaine public et le domaine privé a fait couler beaucoup d'encre. Il n'est pas de notre volonté de reconsidérer cette distinction. Simplement, on peut estimer que pour ce qui concerne les biens «départemento-domaniaux», leur appartenance au domaine public ou privé du département est sans conséquence pratique. Entre les biens du domaine public et les biens du domaine privé soumis au régime départemento-domanial il n'existe pas de différence de nature mais une seule différence de degré (1).

L'étude du régime juridique des biens «départemento-domaniaux» montre si l'on se place sur une échelle de degré (et non de nature issue d'une qualification artificielle) qu'il n'existe pas deux catégories de biens mais au moins quatre (2).

#### *1) La différence de degré entre les biens du domaine public et les biens du domaine privé des départements*

Il est impossible de relever une différence de nature (44) entre les biens «départemento-domaniaux» du domaine public et ceux du domaine privé. On peut citer des exemples issus des textes de 1948. Ainsi, en vertu des tableaux de l'arrêté

(42) Note du 30 août 1948 précitée.

(43) Conseil d'État, 16 juillet 1909, Ville de Paris, Rec p. 707, Concl. Teissier G. ; Waline M. «Les mutations domaniales», Thèse Paris, 1925.

(44) La nature juridique d'une chose peut être considérée comme ce qui est de son essence, de sa substance au regard du droit ; il s'agit de l'ensemble des critères distinctifs qui constituent cette chose en une notion juridique. Vocabulaire juridique sous la direction de Cornu G.

du 30 juin 1948 précité, relèvent du domaine public du département de la Réunion : les lignes télégraphiques et téléphoniques, les câbles sous-marins, les phares et balises ainsi que deux aérodromes. En revanche, font partie du domaine privé : un bâtiment destiné à servir de palais de justice ou plusieurs immeubles destinés à accueillir les élèves du primaire et du secondaire.

Quelle est la place de l'affectation dans la distinction entre le domaine public et le domaine privé ? Quelles sont les conséquences de l'affectation sur les biens du domaine privé ?

a) La distinction entre les biens du domaine public et les biens du domaine privé fondée sur l'affectation

Généralement, pour qu'un bien constitue une dépendance du domaine public, deux conditions cumulatives doivent être remplies.

Il faut que le bien appartienne à une personne publique (45) et qu'il soit affecté à l'utilité publique (46). La première condition, c'est-à-dire l'appartenance à une personne publique ne fait aucun doute pour les biens «départemento-domaniaux». Cette appartenance ne permet pas de distinguer le domaine public du domaine privé (47). Ces biens appartiennent tous deux à des personnes publiques. La deuxième condition permet normalement de distinguer le domaine public du domaine privé. Un bien constitue une dépendance du domaine public lorsqu'il est affecté à des services publics ou à l'utilité publique (48). Cependant, les biens «départemento-domaniaux» sont affectés à des services publics, ou à l'usage du public, sans distinction selon leur domanialité publique ou privée. L'arrêté du 30 juin 1948 détermine pourtant l'affectation des biens «départemento-domaniaux» en distinguant le domaine public et le domaine privé. C'est ainsi que des biens du domaine privé sont affectés à l'usage du public (49), ou à un service public (50).

Ces affectations devraient conditionner la domanialité publique de ces biens (51). Or, l'arrêté du 30 juin 1948 est très clair : des biens constituant des dépendances du domaine privé départemental sont affectés à l'utilité publique (52). Les biens du domaine privé sont considérés comme les biens autres que les dépendances du domaine public (53). De manière positive, les biens du domaine privé peuvent être considérés comme «*les biens immobiliers qui ne sont affectés ni à un service public, ni à l'usage direct du public*» (54), ou les biens «*qui tout en ayant une affectation d'utilité publique, ne satisfont pas à une condition d'aménagement spécial*» (55). Cette définition, si elle conserve une valeur générale, ne semble pas applicable aux biens «départemento-domaniaux». L'exemple du palais de justice en

(45) Chapus R. «Droit administratif général», 4ème Éd. 1991, p. 280.

(46) Ibid.

(47) Cette condition intéresse surtout la distinction entre la propriété administrative et la propriété privée. L'appartenance à une personne publique ne fait pour les biens «départemento-domaniaux» aucun doute.

(48) C'est-à-dire lorsqu'il est affecté à l'usage direct du public ou à un service public. Chapus R., op. cit. p. 284.

(49) Par exemple les écoles ou les lycées à la Réunion.

(50) Par exemple une caserne de gendarmerie ou la trésorerie ou encore une station de météorologie.

(51) Voir, M. Gros, "L'affectation critère central de la domanialité publique", RDP, 1992 n° 3, pp. 749-784.

(52) Arrêté du 30 juin 1948, article 1(déjà cité) *Journal officiel de la République française*, 6 juillet 1948, p. 6549. Des tableaux annexés distinguent selon que les biens sont des dépendances du domaine public ou privé.

(53) Article L 2 Alinéa 2 du code du domaine.

(54) Chapus R., op. cit. p. 395.

(55) Ibid.

apporte la preuve. Celui-ci est affecté à un service public. Il fait l'objet d'un aménagement spécial (56) et est destiné à l'usage de tous (57). Au surplus, le Conseil d'État a jugé qu'un palais de justice pouvait être incorporé au domaine public (58). Or, pour la Réunion, le palais de justice est une dépendance du domaine privé (59). Certains biens du domaine privé font l'objet d'une affectation au service public. J.-M. Auby écrivait dans son étude sur le domaine privé de l'administration : *«il existe donc de nombreux biens faisant partie du domaine privé et affectés à un usage ou à un service public. Cette situation est d'autant plus notable qu'elle constitue plutôt la règle que l'exception»* (60).

Tel est précisément le cas des biens «départemento-domaniaux» lesquels dépendent pour l'essentiel du domaine privé des départements d'Outre-mer. La distinction opérée par l'arrêté du 30 juin 1948 semble n'être qu'une distinction de qualification. Cependant, elle emporte certaines conséquences quant au régime d'aliénation des biens «départemento-domaniaux».

#### b) L'inaliénabilité des biens «départemento-domaniaux»

Compte tenu des observations déjà faites, les biens «départemento-domaniaux» affectés sont inaliénables. La différence de qualification entre les biens du domaine public et ceux du domaine privé emporte des conséquences sur l'inaliénabilité de ces dépendances. Toutefois, que les biens constituent des dépendances du domaine public ou du domaine privé, il faut admettre qu'ils sont tous en pratique inaliénables par le département. Dès lors, la seule différence entre les dépendances du domaine privé et du domaine public est une différence de degré.

Les dépendances du domaine public sont inaliénables en droit (61). Il résulte de cette règle que les départements ne peuvent aliéner les dépendances du domaine public qu'après une décision expresse de déclassement (62).

S'agissant des dépendances du domaine privé départemento-domanial, certaines d'entre elles sont inaliénables en droit. Sont inaliénables en vertu d'une disposition législative les biens en nature de bois et forêts. Des dispositions spécifiques au département de la Réunion prévoient que : *«Les forêts et terrains soumis au régime forestier sont inaliénables et imprescriptibles»* (63).

Les autres biens «départemento-domaniaux», dépendances du domaine privé et affectés, sont inaliénables de fait. L'inaliénabilité de fait des biens du domaine privé résulte de leur affectation particulière à des services publics de l'État ainsi que de la nature juridique de l'acte d'affectation (64). Il a été montré que ces biens, appartenant au département étaient affectés par l'État à des services de l'État.

(56) On ne peut considérer le contraire puisque l'aménagement spécial a été entendu de façon très large par le Conseil d'État. Ainsi, l'aménagement spécial peut résulter de la simple pose d'une chaîne, Conseil d'État, Ass. 11 mai 1959, Dauphin, Rec p. 294, Concl. Mayras, S 1959, p. 117. L'exigence d'un aménagement spécial a été posée par la jurisprudence en 1956 (C.E., 19 octobre 1956, Société "Le Béton", Rec. p. 375), c'est-à-dire postérieurement à la création des "Biens départemento-domaniaux".

(57) Chacun peut assister à un procès. Le jugement est prononcé au nom du peuple français.

(58) Conseil d'État, 28 octobre 1968, Brun, DA 1968, n° 357.

(59) En tout cas aux termes de l'arrêté du 30 juin 1948, ledit palais de justice a entre temps été démoli et remplacé par un bâtiment plus moderne.

(60) Auby J.-M. Contribution à l'étude du domaine privé de l'administration EDCE 1958, n° 12, p. 41.

(61) Article L 52 Code du domaine : *«Les biens du domaine public sont inaliénables et imprescriptibles»*.

(62) *«Un bien faisant partie du domaine public artificiel continue à conserver ce caractère en l'absence de décision de déclassement, même s'il n'est plus affecté à l'usage du public ou à un service public»*, Conseil d'État, 20 juin 1930, Marrot, S 1931, p. 31, Concl. Rivet.

(63) Article L 173-2 du code forestier (article 3 chapitre 1 titre II de la loi du 16 juin 1977).

(64) C'est-à-dire de l'arrêté du 30 juin 1948.

En pratique, le département ne peut aliéner par sa seule volonté aucun bien «départemento-domanial» (65). En toute hypothèse, les droits de la collectivité propriétaire sont sensiblement limités par la personne publique affectataire (à savoir l'État) sans qu'il soit besoin de distinguer selon l'appartenance de ces biens au domaine public ou privé.

En réalité, l'étude des biens «départemento-domaniaux» révèle l'existence de degrés au sein de la domanialité.

## 2) Les degrés (66) de la domanialité des départements d'Outre-mer

L'étude des biens «départemento-domaniaux» révèle l'existence de quatre degrés dans la domanialité des départements d'Outre-mer. Certes le traditionnel clivage entre la domanialité publique et la domanialité privée demeure. Cependant on peut estimer que selon les biens ainsi que leur régime juridique, les caractéristiques propres à chaque régime de domanialité sont atténuées.

### a) La domanialité publique

S'agissant de la domanialité publique, il est possible de considérer que deux degrés existent. En premier lieu, on ne peut nier l'existence d'une domanialité publique entière (ou complète) en ce qui concerne les biens qualifiés de publics par les textes appartenant à une personne publique et effectivement affectés au public ou à un service public (67).

Il existe une autre catégorie de biens qui tout en étant des dépendances du domaine privé du département demeurent toutefois inaliénables et imprescriptibles de fait. Ces biens soumis au régime départemento-domanial sont affectés à l'usage du public ou aux services publics. On peut considérer qu'ils obéissent à un régime de domanialité publique d'un degré inférieur (68), ou encore de domanialité publique restreinte (69). Les biens qualifiés de privés appartenant au département se voient appliquer «*de facto*» un régime proche de la domanialité publique tout en conservant

(65) D'ailleurs, J.-M. Auby a parfaitement envisagé cette inaliénabilité de fait des dépendances du domaine privé affectées. Ainsi il écrit «...les biens du domaine privé sont-ils librement aliénables ? On peut en douter en ce qui concerne une importante catégorie de biens, ceux qui sont affectés à un service public. On sait que tant que subsiste leur affectation, les biens faisant partie du domaine public ne peuvent être aliénés à peine de nullité absolue. Qu'advierait-il cependant si un immeuble du domaine privé, affecté à un service public, était aliéné sans désaffectation préalable ? La situation se résoudrait-elle seulement par la responsabilité de l'administration propriétaire envers l'affectataire, l'aliénation restant par ailleurs valable ? On peut en douter en considérant que la jurisprudence administrative annule les délibérations d'assemblées locales décidant l'aliénation d'immeubles affectés sans avoir procédé régulièrement à la désaffectation (Conseil d'État, 23 novembre 1917, Laborie, Rec p. 759 ; 5 mai 1922, Agier, Rec p. 390)», Auby J.-M., op. cit. p. 43. Jean-Marie Auby s'appuie sur la thèse de Maurice Duverger aux termes de laquelle : «Si les compétences pour désaffecter et pour aliéner appartiennent à des autorités administratives différentes, le principe de l'inaliénabilité apparaît avec toute sa portée. L'autorité compétente pour vendre ne peut agir tant que l'autorité compétente pour désaffecter n'est pas intervenue. Sinon la vente est nulle ;», Duverger M., op. cit. p. 330. En conséquence : «On peut admettre [...] que la règle d'inaliénabilité, au sens relatif qu'elle comporte, c'est-à-dire d'inaliénabilité conditionnée par l'existence d'une affectation, s'applique à tous les biens affectés à un service public qu'ils fassent partie du domaine public ou du domaine privé», Auby J.-M., op. cit. p. 43.

(66) L'idée de degrés de domanialité a été avancée par L. Duguit (Traité de droit constitutionnel Tome III 3<sup>e</sup> éd. 1930, §74-75. Nous ne fonderons pas nos développements sur les critères proposés par L. Duguit, mais sur un autre critère : celui de l'aliénabilité des biens du domaine public ou privé.

(67) Il ne sera pas question ici de s'attarder sur ces biens lesquels ont déjà fait l'objet de nombreuses études.

(68) Duguit L. «Traité de droit constitutionnel», Tome III, pp 349-350.

(69) Duverger M., op. cit. p. 246.

la qualification de biens du domaine privé du département. Pourquoi considérer qu'en ce cas la domanialité publique est restreinte ? Plusieurs observations font pencher en faveur du caractère restreint de la domanialité publique de ces biens.

Tout d'abord, l'autorité réglementaire a qualifié ces biens de privés (70). On ne peut passer cette qualification sous silence car quoi qu'il en soit, ces biens demeurent des dépendances du domaine privé des départements d'Outre-mer (71).

Ensuite, le régime d'aliénabilité de ces biens est plus souple que celui des dépendances du domaine public. Même s'il a été constaté que la propriété du département était limitée, il n'en demeure pas moins que la vente peut résulter d'une simple décision de désaffectation (72).

Enfin, on peut estimer que le régime des biens «départemento-domaniaux» privés se rapproche d'avantage d'un régime de domanialité publique que d'un régime de domanialité privée. Les trois idées traditionnelles formant la notion de domaine privé (73) ne peuvent se rapporter aux biens «départemento-domaniaux» privés. Ces biens lorsqu'ils sont affectés à un service public n'ont plus de fonction patrimoniale ou financière puisqu'ils sont affectés dans un but d'intérêt général (74). Ils ne sont plus soumis à un régime de droit privé, mais à un régime de droit public. Enfin, le contentieux de l'aliénation de ces biens relève pour l'essentiel de la compétence du juge administratif en vertu de la théorie de l'acte détachable (75).

On peut considérer que le régime des biens «départemento-domaniaux» privés est très éloigné du régime des biens du domaine privé, malgré la qualification réglementaire de ces biens. Il conviendrait alors de qualifier leur régime de régime de domanialité publique restreinte. On peut en conclure que la distinction classique entre le domaine public et le domaine privé est donc sensiblement atténuée.

### **b) La domanialité privée**

L'étude des biens «départemento-domaniaux» révèle également deux degrés de domanialité privée. On peut distinguer la domanialité privée restreinte de la domanialité privée complète.

La domanialité privée restreinte s'applique aux biens forestiers du département. Ceux-ci appartiennent au département, toutefois ils ne sont pas aliénables (76). Pourtant, l'appartenance de ces biens au domaine privé ne fait pas de doute. Il paraît préférable de classer ces biens dans la domanialité privée restreinte (77). Plusieurs observations permettent d'étayer cette affirmation.

(70) Arrêté du 30 juin 1948 précité.

(71) Cette qualification est critiquable. Ainsi Léon Duguit estime que ces biens constituent des dépendances du domaine public car ils sont précisément affectés à un service public, op. cit. § 75, p. 358.

(72) En règle générale, l'aliénabilité d'anciennes dépendances du domaine public n'est possible qu'après délaissement préalable. Conseil d'État, 14 février 1969, Soc. des établissements Frenkiel, Rec p. 100.

(73) Au sens strict, la conception du domaine privé se regroupe autour de trois idées principales : - le domaine privé comporte une fonction patrimoniale, financière- le domaine privé est soumis à un régime juridique de droit privé- les litiges concernant le domaine privé relèvent de la compétence de la juridiction judiciaire. Auby J.-M., op. cit. pp 36-37.

(74) Cela est évident à la lecture de la note du Secrétaire d'État aux finances du 30 août 1948 précitée aux termes de laquelle : «L'État n'assumant la charge de la gestion desdits immeubles et des services publics qui y fonctionnent aux seuls frais du budget métropolitain, que dans le seul intérêt général, il est évident que l'utilisation de ces biens par les services publics ne saurait donner lieu à aucune redevance ou loyer, même à titre purement nominal, au profit des départements».

(75) La décision détachable de la gestion du domaine privé relève de la compétence du juge administratif, Conseil d'État, 19 novembre 1976, Époux Leduc-Moranval, Rec p. 487.

(76) Rappelons que pour pouvoir prononcer l'aliénation des biens soumis au régime forestier, un procédure préalable est nécessaire : la distraction du régime forestier.

(77) Et non pas dans la domanialité publique restreinte malgré l'inaliénabilité de droit de ces biens.

En premier lieu, le législateur a conservé pour ces biens la qualification de biens privés (78). Il convient de respecter la qualification législative même si le rattachement de ces dépendances au domaine privé est très artificiel.

Ensuite, ces biens ne sont pas directement affectés à l'usage du public ou à un service public. Ils entrent dans les critères de la domanialité privée. Ils ont une fonction patrimoniale et les litiges relatifs à leur gestion relèvent de la compétence du juge judiciaire (79).

Il est donc possible de considérer que les biens soumis au régime forestier demeurent des dépendances du domaine privé. Cependant, compte tenu du caractère particulier de ces biens, la domanialité privée est restreinte (80).

En ce qui concerne les autres biens privés, non affectés ou non soumis au régime forestier, on peut considérer qu'ils sont soumis à un régime de domanialité privée complète. Ils sont soumis au même régime que les biens privés en métropole.

La distinction entre le domaine public et le domaine privé est sensiblement atténuée. Cela provient sans doute de la généralisation de la technique des mutations domaniales aux biens «départemento-domaniaux».

## B) La généralisation de la technique des mutations domaniales

Le terme de mutation domaniale, au sens strict désigne : *«un procédé particulier de technique juridique créé par la jurisprudence, au moyen duquel l'État peut changer l'affectation d'un bien du domaine public communal ou départemental, sans en enlever la propriété à la commune ou au département»* (81).

La technique des mutations domaniales a vu le jour en 1909 suite à une décision du Conseil d'État (82). Comme le fait observer R. Chapus : *«Était ainsi reconnu le droit pour l'État de décider des mutations d'affectation au détriment des collectivités locales et l'absence, au contraire, de droit des collectivités à une indemnité de dépossession»* (83). En ce qui concerne les biens «départemento-domaniaux» affectés aux services de l'État, seule la théorie des mutations domaniales peut justifier les pouvoirs reconnus à l'État par le décret du 6 novembre 1947 (84) mis en œuvre par l'arrêté du 30 juin 1948 (85). En l'espèce la mutation domaniale fait toutefois l'objet de deux forts particularismes.

D'une part, il est possible de considérer que les textes régissant les biens «départemento-domaniaux» instituent une mutation domaniale initiale (1).

D'autre part, la mutation domaniale est généralisée à des biens relevant du domaine public comme du domaine privé des départements (2).

(78) Article L 141-1 Code forestier, mais s'ils sont soumis au régime forestier une commune doit procéder au préalable à la distraction du régime forestier, Conseil d'État, 30 avril 1909, Min. de l'agriculture c/ Soubielle, Rec. p. 434, ; 6 juillet 1988, Commune de Saumos, Table, Rec. p. 962.

(79) Tribunal des conflits, 25 juin 1973, ONF c/ Béraud et Machari Cité par Chapus R., op. cit. p. 399. ; Bissara Ph. La gestion des forêts soumises au régime forestier AJDA, 1979, p. 25.

(80) Cela est particulièrement vrai pour le département de la Réunion ; cf supra note 63.

(81) Duverger M., op. cit. p. 358 ; Waline M. «Les mutations domaniales», Thèse Paris, 1925.

(82) Conseil d'État, 16 juillet 1909, Ville de Paris c/ Compagnie du chemin de fer d'Orléans, Rec p. 707, Concl. Teissier G.

(83) Chapus R., op. cit. p. 309.

(84) Décret n° 47-2222 du 6 novembre 1947 précité.

(85) Arrêté du 30 juin 1948 précité.

### 1) *L'existence d'une mutation domaniale initiale*

La mutation domaniale est initiale. Cela apparaît sans ambages si l'on étudie les motifs qui ont conduit le Conseil d'État à opter en faveur de cette technique en 1909 (a). Il est possible de remarquer alors que le régime départemento-domanial comporte une originalité certaine puisque la mutation domaniale est initiale (b).

#### a) Les origines de la technique des mutations domaniales

Sans reprendre l'ensemble de l'étude de la technique des mutations domaniales (86), il conviendra simplement d'en présenter les origines.

Celles-ci apparaissent clairement dans les conclusions du Commissaire du gouvernement Teissier sur l'affaire Ville de Paris (87). Le Conseil d'État avait en l'espèce à résoudre une question juridiquement insoluble. Il s'agissait de permettre à l'État de décider de l'affectation de certaines dépendances du domaine public appartenant à une collectivité locale afin d'édifier un travail public. La question se posait en ces termes «*peut-on exproprier un domaine public au profit d'un autre ?*» (88). Deux solutions diamétralement opposées étaient, compte tenu de la jurisprudence de l'époque, envisageables (89). Qu'il s'agisse de l'une ou de l'autre solution, la faculté pour l'État d'affecter une dépendance du domaine public d'une collectivité locale était sensiblement altérée. C'est pourquoi le Commissaire du gouvernement Teissier eut l'idée de la technique des mutations domaniales. Les biens sont grevés d'une servitude d'utilité publique «*qui ne permet pas à la personne morale propriétaire d'exercer les prérogatives essentielles de son droit de propriété tant que dure cette affectation à l'usage de la collectivité*» (90). Les fondements de cette jurisprudence sont essentiellement pratiques. L'État peut tourner l'impossibilité de fait ou de droit d'exproprier le domaine public des collectivités locales.

La même solution est appliquée dans le régime départemento-domanial. Cependant, alors que classiquement la théorie des mutations domaniales permet à l'État de faire face à un besoin ponctuel, la mutation domaniale posée pour les biens «*départemento-domaniaux*» est initiale.

#### b) Une mutation domaniale initiale

En ce qui concerne les biens «*départemento-domaniaux*» la mutation domaniale existe «*ab initio*». Elle correspond à la naissance d'une nouvelle catégorie de collectivités locales : les départements d'Outre-mer. Ceux-ci se trouvent être les héritiers de l'ancien domaine colonial sur lequel l'État est titulaire de droits d'usage semblables à ceux dont il jouit dans le cas d'une mutation domaniale. Le particularisme des biens «*départemento-domaniaux*» est fortement marqué. En

(86) Voir sur ce point la thèse de Waline M. Déjà citée ; note 43.

(87) Conclusions Teissier, op. cit. Lebon p. 707.

(88) Conclusions Teissier, op. cit. p. 711.

(89) La solution de l'expropriation était possible mais seulement après déclassement du bien. Or le déclassement procède d'un acte de volonté de la collectivité propriétaire (conclusions Teissier p. 712). La seconde solution puisait son fondement dans la jurisprudence judiciaire aux termes de laquelle le bien ayant cessé d'être dans le commerce, il ne saurait plus être question, en ce qui le concerne de droit de propriété au profit de qui que ce soit (Conclusions Teissier, p. 713). Cette thèse, fondée sur l'unité du domaine public excluait toute possibilité d'expropriation.

(90) Conclusions Teissier G., op. cit. p. 716.

l'espèce, on ne peut considérer qu'existe pour l'État un besoin ponctuel de ces biens pour la réalisation d'une opération d'intérêt général.

L'intérêt général que doivent servir ces biens est supposé par les textes prononçant leur affectation. Il est difficile de considérer qu'il s'agit d'une mutation domaniale au sens strict puisqu'il n'existe pas de changement d'affectation mais simplement une affectation de principe aux services publics de l'État. L'affectation coïncide avec le transfert de propriété des biens des anciennes colonies aux nouveaux départements d'Outre-mer.

La mutation domaniale est virtuelle car tout changement d'affectation par l'État revêtira la forme d'une mutation domaniale. Au demeurant, il est malaisé de considérer que le régime départemento-domanial soit assimilable au droit que le juge reconnaît à l'État d'user de certains biens dont la propriété appartient à des collectivités locales en dehors du fonctionnement du service si l'intérêt général l'exige (91). Dans cette hypothèse, il est clair que l'usage du bien n'est que temporaire et doit satisfaire à la réalisation d'un besoin ponctuel (92).

En réalité, on doit observer que le régime départemento-domanial est très proche du régime des mutations domaniales. Une question se pose toutefois : le régime départemento-domanial n'est-il pas une régime «*sui générés*» ?

Qualifier un régime juridique de «*sui générés*» résulte de la difficulté de rattacher certains régimes à des régimes déjà existants. Pourtant, les cas dans lesquels les collectivités propriétaires ne sont pas maîtresses de l'affectation de certaines de leurs dépendances existent en dehors du cas des biens «départemento-domaniaux». On peut ainsi citer l'exemple des mises à disposition opérées par la loi du 7 janvier 1983 (93). L'analogie a le mérite de pouvoir laisser penser que le régime des biens «départemento-domaniaux» est proche, malgré certains particularismes, de celui d'une mutation domaniale.

Si l'on adopte une telle thèse, il faut constater alors que la mutation domaniale est généralisée.

## 2) La généralisation de la technique des mutations domaniales

On peut considérer que s'agissant des biens «départemento-domaniaux», la mutation domaniale est étendue aux dépendances du domaine privé départemental (a). Cette généralisation est cependant contestable au regard des fondements de la technique des mutations domaniales (b).

### a) La technique des mutations domaniales est étendue aux dépendances du domaine privé

L'État est affectataire de dépendances relevant du domaine privé du département. La mutation domaniale est donc généralisée puisqu'en pratique, cette théorie ne semble jouer qu'à l'égard des dépendances du domaine public. Doit-on pour

(91) Par exemple : Conseil d'État 25 novembre 1910, Commune de Brion, Rec. p. 832, (locaux occupés par l'État afin d'assurer une séance de vaccination).

(92) Du reste M. Duverger fait bien la distinction : «dans tous les cas, cette utilisation temporaire par l'État dans l'intérêt du public, d'un bien affecté à un service ne fait aucunement disparaître l'affectation. Il ne faut donc point la confondre avec le changement d'affectation d'un bien communal ou départemental, prononcé par l'État dont la validité constitue le problème des mutations domaniales», Duverger M., op. cit. p. 308.

(93) Loi n° 83-8 du 7 janvier 1983, articles 19 et 20. Cependant il convient de relever que dans cette hypothèse, l'affectation résulte d'une loi et non d'un simple arrêté.

autant considérer que le procédé des mutations domaniales ne peut s'appliquer qu'aux seules dépendances du domaine public ?

La réponse peut être apportée en plusieurs étapes.

Peut-on faire valoir que les dépendances du domaine privé ne peuvent être affectées à un service public ? Il ne fait aucun doute que des dépendances du domaine privé peuvent être affectées aux services publics (94). L'affectation est ainsi reconnue expressément par le code du domaine pour les dépendances du domaine privé de l'État (95). L'affectation est également possible pour les dépendances du domaine privé des collectivités locales (96). L'affectation est possible afin d'assurer le fonctionnement des services publics obligatoires (97). Dès lors, si certaines dépendances du domaine privé peuvent être affectées à un service public, rien ne s'oppose à ce que l'État puisse lui-même modifier l'affectation desdites dépendances quand bien même il n'en serait pas le propriétaire. Un tel changement d'affectation ne serait-il pas alors constitutif d'une mutation domaniale ? Si l'on opte pour une réponse positive, la technique des mutations domaniales peut être étendue aux dépendances du domaine privé. Ces biens, tout en étant la propriété d'une collectivité publique et en étant affectés à des services publics demeurent des dépendances du domaine privé. Tel est exactement les cas de certains biens «départemento-domaniaux».

Si la technique des mutations domaniales est transposable aux biens du domaine privé, cette transposition semble contraire à ses fondements.

#### b) La généralisation de la technique des mutations domaniales est contestable

La technique des mutations domaniales puise son fondement dans l'impossibilité de fait ou de droit d'exproprier les dépendances du domaine public des collectivités locales et a pour but de contourner cette impossibilité. D'ailleurs, critiquant ce procédé, la section des études et du rapport du Conseil d'État avait estimé en juin 1986 qu'il était souhaitable «de prévoir une disposition législative qui permettrait à l'État d'exercer son droit régalién d'expropriation à l'égard d'un immeuble faisant partie du domaine public d'une autre personne morale de droit public» (98).

Sur ce point la généralisation de la technique des mutations domaniales aux dépendances du domaine privé est extrêmement contestable. Destinée à pallier l'impossible expropriation des dépendances du domaine public, le procédé des mutations domaniales perd toute raison d'être en ce qui concerne les dépendances du domaine privé. Il est de jurisprudence constante que les dépendances du domaine privé peuvent faire l'objet d'une expropriation (99). Dès lors, si l'État souhaitait utiliser les biens du domaine privé des départements d'Outre-mer pourquoi n'a-t-il pas eu recours à l'expropriation ?

On peut également faire valoir que l'arrêté du 30 juin 1948, n'institue pas à proprement parler une mutation domaniale. Il s'agirait d'une mise à disposition

(94) Voir en ce sens Duffau J., JCA Fasc. n° 409, p. 8.

(95) Article R 81.

(96) En pratique cela se réalise habituellement par contrat Duffau J., op. cit. p. 8 n° 78.

(97) En ce cas, l'obligation d'affecter résulte de prescriptions législatives et il a été jugé que le préfet ne disposait pas d'un pouvoir de substitution au cas d'un refus opposé par la collectivité locale ; Conseil d'État, 16 février 1912, ; Commune d'Espelette, Rec. p. 224. Lavroff D. Le régime du domaine privé, JC Collectivités locales, Vol. IV, Fasc. 5042-1, § 42.

(98) EDCE 1987 n° 38, p. 17.

(99) Conseil d'État, 27 novembre 1970, Bizière, Rec. Table p. 1050, DS 1972, p. 25 Note Taugourdeau J. P. ; Conseil d'État, 2 juillet 1975, Bizière, Rec. p. 397.

forcée de caractère particulier. Les biens «départemento-domaniaux» privés présenteraient alors une particularité propre au droit domanial ultra-marin. En l'absence de précisions jurisprudentielles ou légales dans un sens ou dans un autre, il est clair que le régime des biens «départemento-domaniaux» demeure extrêmement flou. On peut considérer que les prérogatives de l'État sur les départements d'Outre-mer sont la survivance de l'administration coloniale marquée par une forte prééminence de l'autorité étatique. Cependant qu'il s'agisse d'une mutation domaniale ou de la mise à disposition forcée issue d'une forte tradition centralisatrice, il n'en demeure pas moins que le régime départemento-domanial s'analyse comme une véritable spoliation. Il encourt ainsi les mêmes critiques que la théorie des mutations domaniales (100).

En conclusion, il est possible de s'interroger sur la validité des textes instituant le régime des biens «départemento-domaniaux». Le décret du 6 novembre 1947 et l'arrêté du 30 juin 1948 ont tous deux fait l'objet d'un recours pour excès de pouvoir. Le Conseil d'État a refusé d'annuler ces dispositions (101). La Haute juridiction administrative a considéré que le décret n° 47-2222 «a été pris par le gouvernement dans l'exercice normal de son pouvoir réglementaire...» (102).

Plus contestable est le décret n° 48-559 du 30 mars 1948 prorogeant le délai imparti à l'autorité réglementaire pour l'exécution du décret n° 47-2222 précité. Ce décret proroge en réalité le délai jusqu'au 30 juin 1948. Or, ces textes interviennent en application de la loi du 19 mars 1946. Cette loi prévoyait elle-même un délai qui fut prorogé par la loi de finances pour 1948 au 31 mars 1948 (103). Le décret du 30 mars 1948 prorogeait les délais au delà de la limite fixée par le législateur. Ce délai s'imposait-il pour l'édition d'actes réglementaires d'exécution des décrets précités ? Si tel était le cas, l'arrêté du 30 juin 1948 aurait dû être annulé. Le Conseil d'État répondra par la négative. L'obligation d'édicter les règlements dans les délais prescrits par la loi ne s'impose pas aux règlements d'application de ces textes. L'assemblée du Conseil d'État a considéré que : «l'arrêté interministériel du 30 juin 1948 intervenu avant l'expiration du délai légalement fixé par le décret du 30 mars 1948 et contre lequel aucun vice propre n'est allégué, se borne à faire application des règles posées par le décret du 6 novembre 1947...» (104). Le Conseil d'État a pris soin de préciser que le délai du 30 juin 1948 avait été légalement fixé par le décret du 30 mars 1948. Dès lors, les textes régissant les biens «départemento-domaniaux» ne sont entachés d'aucun vice de forme susceptible d'entraîner leur annulation.

Sur le fond, il est possible de s'interroger sur la question de savoir si le régime des biens «départemento-domaniaux» n'est pas contraire aux lois de décentralisation ainsi qu'au principe de libre administration des collectivités locales.

En ce qui concerne la conformité aux lois de décentralisation, il faut relever que la loi du 7 janvier 1983 institue un régime très proche du régime départemento-domanial. L'article 19 de la loi relative à la répartition des compétences entre les communes, les départements, les régions et l'État dispose : «le transfert d'une compétence entraîne de plein droit la mise à la disposition de la collectivité

(100) Voir Hauriou M. «Précis de droit administratif» 12<sup>ème</sup> Éd. 1933 p. 799.

(101) Conseil d'État, 26 février 1954, Département de la Guadeloupe, Rec p. 129. Cet arrêt n'a hélas pas été commenté, les conclusions du Commissaire du Gouvernement M. Laurent n'ont pas été remises au centre de documentation et de coordination du Conseil d'État.

(102) Ibid.

(103) Miclo F., op. cit. p. 56 note 2.

(104) Conseil d'État, Assemblée, 26 février 1954, Département de la Guadeloupe, 2<sup>ème</sup> espèce, Rec p. 129.

*bénéficiaire des biens meubles et immeubles utilisés, à la date de ce transfert, pour l'exercice de cette compétence».*

Quant au principe de libre administration des collectivités locales, il semble qu'il ne se heurte pas à certaines règles destinées à garantir la protection des dépendances domaniales des collectivités. Ainsi le Conseil d'État a décidé que le fait que le département de la Réunion ait dû faire procéder au déclassement de certaines voies ferrées avant de les céder gratuitement à certaines communes *«ne porte aucune atteinte au principe de libre administration des collectivités locales garanti par les articles 34 et 72 de la Constitution»* (105).

On pourrait enfin considérer que le régime des biens «départemento-domaniaux» porte atteinte au droit de propriété du département. En réalité, toute l'astuce de ce régime réside en ce qu'il n'entraîne aucun transfert de propriété, mais simplement un transfert du droit d'usage des biens en cause. La seule solution serait de considérer que le droit de propriété garanti par les textes constitutionnels contient non seulement le droit d'abuser d'un bien mais aussi celui d'en user librement. Seule une conception large du droit de propriété pourrait entacher le régime des biens «départemento-domaniaux» d'inconstitutionnalité. En effet, le Conseil constitutionnel n'a-t-il pas considéré que la protection constitutionnelle du droit de propriété *«ne concerne pas seulement la propriété des particuliers, mais aussi, à un titre égal, la propriété de l'État et des autres personnes publiques»* (106). ?

---

(105) Conseil d'État, 19 novembre 1986, Commune du Port, D.A., 1986, n° 619.

(106) Conseil constitutionnel, décision n° 86-207 DC des 25 et 26 juin 1986, Rec. p. 61. Voir Moderne F. Les personnes morales devant le juge constitutionnel français, Rapport au colloque d'Aix-en-Provence, 12 et 13 juillet 1991, «Cours constitutionnelles européennes et droits fondamentaux», p. 12.

R.R.J. 1992-3  
Pages 675 à 740

- IV -

**ANTHROPOLOGIE ET  
ETHNOGRAPHIE JURIDIQUES**



# LES DIMENSIONS CULTURELLES DE LA PARENTÉ (\*)

Par

Norbert ROULAND  
*Professeur à la Faculté de Droit d'Aix-Marseille*

## **Introduction : Nature et culture dans la parenté**

### **I - Prééminence de la culture dans les sociétés préhistoriques et traditionnelles**

- A. Les rapports de parenté dans les sociétés préhistoriques
  - a) La naissance de la prohibition de l'inceste
  - b) La famille lors de la transition néolithique
- B. Les rapports de parenté dans les sociétés traditionnelles
  - a) Systèmes de filiation et innovation culturelle
  - b) Les rapports de parenté et le dépassement des limites naturelles
    - 1. Le contournement de la différenciation sexuelle
    - 2. Le dépassement de la mort

### **II - Le retour partiel à la nature des sociétés modernes**

- A. Complexification et valorisation de la nature
  - a) Nucléarisation de la famille
  - b) Indifférenciation de la famille
- B. La parentalisation extranaturelle
  - a) Vocabulaire de la parenté et sociabilité
  - b) Parenté et vie sociale et politique

---

(\*) Cet article a été rédigé à partir d'une communication présentée à la *Seventh World Conference of the International Society of Family Law*, Opatija (Croatia), May 1991. Une version anglaise abrégée en sera publiée dans les Actes du Colloque, sous le titre : "*Cultural dimensions of parenthood*".

## RÉSUMÉ

*La notion de parenté est située à l'intersection entre la nature et la culture. Nous la percevons spontanément comme un fait naturel, mais son aspect culturel est plus important. Il commence avec la prohibition de l'inceste, condition de la création de liens entre des groupes non consanguins.*

*On aurait tort de penser qu'à cet égard les sociétés traditionnelles seraient plus proches de la nature, et les modernes de la culture. Beaucoup d'exemples, dans divers endroits du monde, nous montrent que les sociétés traditionnelles savent fort bien créer des relations de parenté sur d'autres bases que la consanguinité : pactes de fraternité, adoption, mariage-fantôme, système d'attribution des noms, inversion sociale du sexe, etc. Mais on pourrait croire que la complexification croissante d'une société implique l'appauvrissement de la dimension culturelle de la parenté, et rétrécit ainsi son champ. Cette opinion n'est pas assurée. Dans les sociétés complexes et modernes circulent dans la vie politique et économique des représentations qui utilisent les concepts de parenté et de famille. Mais dans la vie familiale, contrairement aux sociétés traditionnelles, nous semblons attirés par un retour s'opérant de la culture à la nature. On peut conclure qu'en matière de parenté il n'y a pas d'évolution définitive et unilinéaire de la nature à la culture, et que des processus inverses peuvent se manifester.*

*La consanguinité n'est donc dans les sociétés humaines qu'une relation socialement reconnue : et c'est le propre des systèmes de parenté, ensemble de règles gouvernant la filiation, la résidence et l'alliance, de se distinguer par une certaine autonomie à l'égard des lois naturelles de l'espèce : la reproduction des hommes est un instrument de la reproduction de l'ordre social. Elle entre dans la représentation symbolique de cet ordre social au point qu'on a pu dire qu'un système de parenté n'existe que dans la conscience des hommes, et n'est qu'un système arbitraire de représentation.*

F. HÉRITIER, *L'exercice de la parenté*, 14-15.

La famille constitue pour chacun le lieu d'apprentissage de la vie sociale et affective, où se succèdent désirs accomplis et renoncements. Certains régimes politiques, comme la Chine maoïste, ont sans succès essayé de la briser. Les données historiques et ethnographiques attestent son universalité, à travers une exubérante diversité de formes. Car la famille s'ancre profondément dans la nature, et s'organise par rapport aux invariants biologiques qui régissent la sexualité et la reproduction dans l'espèce humaine. Premiers liens qui à la fois nous contraignent et protègent, les rapports de parenté et d'alliance la structurent. Mais, issus de la nature, ils peuvent s'en éloigner, et même la contredire. Les juristes anglais avaient l'habitude de dire : *Le Parlement peut tout faire, sauf changer un homme en femme*. Comme nous le verrons, les Inuit ne connaissaient pas cette limite, et d'autres sociétés traditionnelles allaient aussi loin dans l'emploi des fictions juridiques. Car les rapports familiaux naissent de deux sources, qui mêlent leurs eaux. La première est la nature biologique. Les juristes définissent ainsi la parenté comme ... *le rapport de droit qui existe entre deux personnes dont l'une descend de l'autre (parenté ou ligne directe) ou qui descendent d'un auteur commun (parenté ou ligne collatérale)*. C'est une communauté de sang (1). Le droit reconnaît donc que le sang peut engendrer des rapports qu'il accepte de prendre en compte, mais tous n'ont pas vocation à cette légitimation : en droit français (*nouv. C. civ.*, art. 334-10), les enfants nés d'un inceste absolu ne peuvent faire établir leur filiation par reconnaissance ou action judiciaire. Il y a donc tri, au nom d'impératifs sociaux et culturels : le droit ne photographie pas intégralement la nature. Il intervient aussi dans les rapports d'alliance, issus du mariage, qui unissent les époux, et chacun des époux à la parenté de l'autre.

Le lien familial se décroche ici de la communauté de sang. Il ne rompt cependant pas ses amarres avec la nature : l'alliance est fondée, entre autres causes, sur les modalités concrètes de la reproduction sexuée. Mais le lien familial joue aussi un rôle classificatoire, profondément social. La filiation est le mode d'organisation *interne*, la colonne vertébrale de chaque groupe, quel que soit le mode de filiation choisi. L'alliance est ... *le principe d'organisation des relations externes*

(1) J. Carbonnier, *Droit civil*, I (Paris, PUF, 1965), 601.

entre les différents groupes, contraints d'entrer en rapports nécessaires d'échange matrimonial par l'obligation d'exogamie (2). Contrairement à ce que l'on pense parfois, la filiation n'est pas plus proche de la nature que l'alliance. Toutes deux participent largement à la culture, entendue comme ensemble des normes, pratiques et représentations qu'invente et transmet chaque société pour assurer sa cohésion et sa perpétuation, la nature étant considérée par opposition comme l'ensemble des données biologiques et matérielles qui s'imposent à l'homme. Car aucun système de filiation n'est universel : l'humanité en a simultanément expérimenté plusieurs, alors que son mode de reproduction est biologiquement partout identique. La filiation est donc aussi une convention sociale, à la différence de la consanguinité. Des consanguins peuvent ne pas être parents. Dans un système matrilineaire, le père et le fils sont consanguins, mais non parents, le père n'étant qu'un géniteur, tandis que l'oncle utérin exerce la fonction paternelle.

Simple rappels connus de tous, ces premières observations se conjoignent à une autre constatation : la plupart des sociétés traditionnelles ont accordé une extrême importance aux rapports de parenté, dont beaucoup se sont servis pour structurer leur organisation socio-politique. La tradition ethnographique en a tenu compte (les études sur la parenté sont à la fois les plus anciennes et les plus développées), parfois à l'excès, dissimulant le fait général et attesté que dans ces mêmes sociétés existent aussi des formes non familiales d'association (notamment fondées sur la résidence). Dans la mesure où les rapports de parenté dérivent de la nature mais sont aussi modelés par la culture, on doit convenir que ces sociétés traditionnelles ont dû et su prendre leurs distances avec la nature en manifestant les capacités d'innovation que nécessitaient l'adaptation des données naturelles à leurs besoins sociaux : "primitives", elles ne le sont donc point. En prendre acte ne suffit pas à résoudre tous les problèmes. Car il reste que sociétés traditionnelles et modernes ne partagent manifestement pas les mêmes conceptions de la famille. Les premières valorisent la filiation unilinéaire et la famille large, détestent l'inceste et prescrivent volontiers des mariages préférentiels ; les deuxièmes affectionnent davantage la filiation indifférenciée, la famille nucléaire, et se bornent à interdire avec une rigueur décroissante certains mariages considérés comme incestueux (en droit français, la prohibition de l'inceste touche certains consanguins, mais aussi des alliés, preuve que la génétique ne peut entièrement la fonder ...). Progrès, régressions ? C'est affaire de goûts et de couleurs : mais les évolutions sont incontestables.

À quelle règle obéissent-elles ? Le bon sens — et quelques préjugés bien ancrés — en suggèrent une : les sociétés traditionnelles, plus infantiles, se situeraient davantage du côté de la nature ; puis, le progrès aidant, les sociétés modernes, plus civilisées et portées vers l'abstraction, auraient favorisé la dimension culturelle de la parenté (bien qu'on n'en soit plus aux inventions des auteurs du XIX<sup>ème</sup> siècle, telles que la "promiscuité primitive" ou le "mariage par groupe", commodes repoussoirs (3)). Distinction commode, que contredisent les données historiques et ethnographiques dont nous disposons. En effet, c'est dès le Paléolithique que les sociétés humaines durent, pour survivre, prendre leurs distances avec la nature, et inventer les rapports de parenté en les tissant de nombreuses fictions. Par ailleurs, les sociétés traditionnelles nous offrent de nombreux exemples de leur capacité à faire prédominer dans ces rapports le culturel sur le naturel. Enfin, on peut se demander si ce n'est pas justement dans le droit positif de nos sociétés

(2) M. Aghassian, M. Augé et alii, *Les domaines de la parenté* (Paris, Maspero, 1975), 16.

(3) Cf. C. Lévi-Strauss, *Le regard éloigné* (Paris, Plon, 1983), 65-66.

modernes que se produisent les assauts victorieux de la nature. Prééminence de la nature dans les rapports de parenté dans les sociétés préhistoriques et traditionnelles ; retour partiel à la nature dans les sociétés modernes : tels seront nos deux grands thèmes de réflexion.

## I. PRÉÉMINENCE DE LA CULTURE DANS LES SOCIÉTÉS PRÉHISTORIQUES ET TRADITIONNELLES

La tentation a été grande, dans le passé, de voir dans les sociétés "primitives" un "reflet" de celles qui vécurent à l'ère préhistorique : erreur que personne, aujourd'hui, ne s'autoriserait à commettre (4). Il reste que, situées dans les lointains de l'espace ou du temps, elles ont su donner aux rapports de parenté qu'elles inventèrent une dimension culturelle avérée.

### A) Les rapports de parenté dans les sociétés préhistoriques

On a coutume de voir dans la transition néolithique une des césures majeures de l'histoire humaine : pourtant l'invention de la prohibition de l'inceste, à laquelle doivent tant les mécanismes de l'alliance, lui est largement antérieure. Par ailleurs, certains témoignages tardifs de l'archéologie et de la linguistique nous autorisent à situer également au Paléolithique l'invention des rapports de parenté.

#### a) La naissance de la prohibition de l'inceste

*Pour que la société soit, il ne suffit pas seulement que l'union des sexes et la procréation établissent des liaisons biologiques entre ses membres. Il faut aussi qu'en tels ou tels points du tissu social ces liens ne risquent pas de se distendre et de se rompre. La société ne permet aux familles de se perpétuer que prises dans les mailles d'un réseau artificiel de défenses et d'obligations (...). Si chaque petite unité biologique ne veut pas mener une existence précaire, hantée par la peur, en butte à la haine et à l'hostilité de ses voisines, elle doit renoncer à rester repliée sur elle-même : il lui faut sacrifier son identité et sa continuité, s'ouvrir au grand jeu des alliances matrimoniales. En s'opposant aux tendances séparatistes de la consanguinité, la prohibition de l'inceste réussit à tisser des réseaux d'affinité qui donnent aux sociétés leur armature, et à défaut desquels aucune ne se maintiendrait* (5).

Quarante-deux ans après les *Structures élémentaires de la parenté*, C. Lévi-Strauss réaffirme le rôle fondateur de la prohibition de l'inceste. Élaborée contre des tendances naturelles dans la finalité sociale de l'alliance par l'échange des conjoints (6), elle donne aux rapports de parenté leur dimension culturelle et vise à transformer la nature en produisant de la société (7). Elle est d'ailleurs peut-être aussi une

(4) Pour l'exposé des raisons de ne pas la faire, cf. A. Testart, *Les chasseurs-cueilleurs, Dossiers "Histoire et archéologie"*, 115 (avril 1987), 8-17.

(5) C. Lévi-Strauss, *Préface* à : A. Burguière et alii, *Histoire de la famille*, I, (Paris, A. Colin, 1986), 16 (Paris, Plon, 1983), 11.

(6) Plutarque lui-même l'a perçu. Il écrit à propos de la prohibition de l'inceste à Rome : "Pourquoi n'épousent-ils pas les femmes de leur proche parenté ? Est-ce parce qu'ils veulent, par leur mariage, multiplier leurs relations de parenté et acquérir de nombreux parents, en donnant des femmes à d'autres hommes, et en recevant d'autres hommes leurs femmes ? (Plut., *Questions romaines*, 108 = Mor. 289 d-e) ; (Cf. P. Moreau, Plutarque, Augustin, Lévi-Strauss : prohibition de l'inceste et mariage préférentiel dans la Rome primitive, *Revue belge de philologie et d'histoire*, LVI (1978-1) 41-54.

(7) M. Godelier, *Inceste : l'interdit originel*, *Le Monde* (25 août 1987), 12.

réponse sociale à une modification de la nature. M. Godelier suggère (8) qu'à l'origine la sexualité féminine obéissait aux contraintes organiques qui sont de nos jours restées celles des autres primates : soumise au cycle des "chaleurs", la femme n'attirait l'homme qu'aux périodes propices à la reproduction. L'*œstrus* disparu, elle devenait désirable toute l'année, d'où une augmentation des rivalités entre les mâles, qui eût pu être fatale à ces premières sociétés humaines dès lors en proie à de trop violents conflits internes. La solution consista dans l'acceptation de la renonciation aux conjoints potentiels trop proches, dès lors disponibles pour l'échange.

Mais quand et comment ? Nous n'avons que des bribes de réponse.

Sur le *comment*, l'indigence est presque totale. Les singes échangent des mâles ; les chimpanzés des femelles, à l'instar de la plupart des chasseurs-cueilleurs contemporains. Mais nous ne saurons probablement jamais quelle était en la matière la politique suivie par les premiers hominiens (9) : seule demeure la structure de l'échange, même si l'identification de son objet nous est cachée. Sur le *quand* nous pouvons seulement dire qu'il remonte à un passé très ancien, bien en amont de la transition néolithique. La biologie moléculaire situe à moins quatre millions d'années la séparation entre les hominiens et le chimpanzé, qui pourrait, entre autres, avoir entraîné à plus ou moins long terme la disparition de l'*œstrus*, les premiers hommes "véritables" n'apparaissant que vers moins deux millions et demi d'années. *Terminus ad quem*, le début de la transition néolithique (vers 8500 av. J.-C.) atteste que la prohibition de l'inceste est bien connue (10). Son invention se situe donc quelque part dans l'immensité paléolithique, qui chronologiquement recouvre la presque totalité de l'aventure humaine. Datation plus qu'approximative, nous en convenons. Mais elle permet quand même un important constat : dès ce que nous pouvons percevoir des origines, la dimension culturelle de la parenté est un critère de l'homination, au même titre que la bipédie et l'usage de l'outil, plus fréquemment cités (11).

La probabilité d'une datation haute de cette innovation est d'autant plus forte que les structures familiales perçues au milieu de la transition néolithique ne se conçoivent guère que comme l'aboutissement d'évolutions très antérieures. L'archéologie et la linguistique le suggèrent.

#### *b) La famille lors de la transition néolithique*

Vers la fin du Vème millénaire avant notre ère apparaissent en Europe occidentale des sépultures collectives, divisées en "cellules d'inhumation" regroupant chacune les membres d'un même groupe social, dont l'analyse des os montre qu'ils avaient en commun une partie de leur génome (12). Nous ne pouvons dire avec certitude si ces individus étaient placés là en raison de liens de filiation ou d'alliance, dans quelle mesure et par quels procédés juridiques les exigences exogamiques limitaient les tendances endogamiques. Mais ces procédés existaient, car des groupes aux effectifs démographiques clairsemés comme ceux-ci n'auraient pu se maintenir dans un régime d'endogamie pur. La linguistique permet de proposer des hypothèses plus précises (13). L'étude des langues indo-européennes renvoie à une langue

(8) *Ibid.*

(9) Cf. C. Masset, *Préhistoire de la famille*, dans : A. Burguière et alii, *op. cit.*, *supra*, n. 5, 83.

(10) *Ibid.*, 90-92.

(11) Cf. les développements que nous consacrons à ces questions dans : N. Rouland, *Les rivages du droit* (Paris, O. Jacob, 1991), Chapitre II : Le droit à des histoires.

(12) Cf. C. Masset, *op. cit.*, *supra*, n. 9, 91-92.

(13) *Ibid.*, 93-96.

commune qui devait être parlée à une époque voisine de celle des sépultures collectives envisagées plus haut. Or, le vocabulaire de la parenté, étudié par Benveniste, fait référence à une société structurée en clans patrilinéaires à mariage virilocal, connaissant probablement des mariages préférentiels entre cousins croisés (qu'affectionnent nombre de sociétés traditionnelles étudiées par les ethnologues). S'ils sont avérés, ces deux traits dessinent une empreinte culturelle spécifique des rapports de parenté : la nature n'impose ni la patrilinéarité, ni le mariage entre cousins croisés (ceux-ci ont le même degré de consanguinité que des cousins parallèles, qui se trouvent, eux, proscrits du choix matrimonial) ... La diversité des systèmes de filiation est d'ailleurs un constat irréfragable qui ressort de toutes les données que nous fournit une autre source, plus contemporaine, l'observation ethnographique.

## B) Les rapports de parenté dans les sociétés traditionnelles

L'observateur des sociétés traditionnelles est frappé par la diversité des systèmes de filiation qu'elles connaissent. Elles n'ignorent pas la filiation indifférenciée (cas des Inuit, que nous pratiquons et avons tendance à juger à la fois la plus naturelle et la plus équitable (aucune ligne de descendance n'est avantagée), mais lui préfèrent le plus souvent des systèmes plus sophistiqués. Si bien qu'on peut se demander si, au moins sur le plan technique, il n'a pas eu davantage régression que progrès (la parenté du *Code civil* est pauvre par rapport à celle des systèmes dualistes des Aborigènes d'Australie).

Par ailleurs, nous disposons de données montrant que, par le biais de fictions juridiques, les sociétés traditionnelles ont su dépasser de nombreuses bornes posées par la nature, telles que la différenciation sexuelle de la mort.

### a) *Systèmes de filiation et innovation culturelle :*

Comme l'a fait observer à juste titre F. Héritier, les invariants biologiques commandant l'alliance et la filiation sont relativement peu nombreux :

*... il n'existe que deux sexes et leur rencontre (ou la fusion de leurs gamètes) est nécessaire dans l'acte de procréation, la procréation entraîne une succession de générations dont l'ordre ne peut être inversé (celle des parents précède celle des enfants) ; un ordre de succession des naissances au sein d'une même génération classe les individus en aînés et en cadets, et des lignes parallèles de descendance sont issues des individus ainsi classés (14).*

De la nécessaire rencontre des deux sexes ou de leurs gamètes, on peut déduire que le système de filiation le plus "naturel" serait la filiation indifférenciée (c'est notamment le choix en droit positif des sociétés occidentales modernes). Or, l'observation ethnographique montre que les cultures n'ont pas suivi la nature dans la majorité des cas. Sur 250 sociétés analysées par Murdock à partir des fiches de l'*Human Relations Area Files* (15), 105 (43 %) sont patrilinéaires, 52 (21 %) matrilineaires, 75 (30 %) bilatérales (l'individu appartient à un groupe de parents proches, mais certains parents patri- et matrilineaires en sont exclus, ce qui distingue la bilatéralité de la bilinéarité), et 18 (6 %) seulement indifférenciées (l'individu

(14) Cf. F. Héritier, *La cuisine de Jupiter*, *L'Homme*, 94 (1985), 7.

(15) Cf. R. Cresswell, *La parenté*, dans : *Éléments d'ethnologie* (R. Cresswell, dir.), II (Paris, A. Colin, 1975), 140.

appartient indifféremment à sa parenté patri- ou matrilinéaire) : la culture l'emporte nettement sur la nature. Reste à savoir pourquoi.

Car une fois posée et située loin dans le temps et l'espace la capacité humaine à dépasser les données naturelles, on voudrait connaître les raisons de la diversité de ces choix culturels. Là encore, les réponses dont nous disposons ne sont que partielles (16). La démographie a dû intervenir. Il y a environ un million et demi d'années, l'homme a réussi à se préserver des atteintes des prédateurs, ce qui l'obligea à inventer des techniques (dont certaines, juridiques) propres à maîtriser sa fécondité. Le principe d'unilinéarité (paternel ou maternel) répond sans doute au souci de cette maîtrise sur le plan généalogique : en évacuant toute une partie de parents pourtant consanguins à un titre égal de ceux retenus, on évitait une trop grande dilution de la famille.

D'autres causes se situent plus franchement sur le terrain politique. Pour C. Lévi-Strauss, la différenciation du pouvoir politique est favorable à la patrilinéarité. Celle-ci paraît cependant ne devoir être qu'un stade transitoire si le processus de complexification s'accroît. En effet, les sociétés traditionnelles aux structures étatiques absentes ou peu marquées privilégient les *groupes* de parents (clans, lignées, lignages) dans lesquels tous les individus faisant partie d'un groupe de parents sont parents entre eux, car tous descendent d'un auteur commun, même si ce dernier peut être assez éloigné, ou même mythique. Les sociétés modernes sont à l'inverse plus marquées par leur composition en *ensembles* de parents, constitués par des parentèles, la parentèle comprenant toutes les personnes avec lesquelles un individu se reconnaît en parenté. La parentèle comprend en général moins de parents que les groupes de parents et, conçue en fonction de l'individu, disparaît avec lui. Cette façon de penser la parenté, très différente des sociétés traditionnelles, paraît correspondre à des sociétés où l'État tend à isoler l'individu en le valorisant et en minorant le rôle des communautés intermédiaires.

Enfin, les données matérielles. Diverses enquêtes ont montré que la division sexuelle du travail influe sur les agencements parentaux : quand la part du travail masculin prédomine, la filiation tend à être patrilinéaire et la résidence patrilocale, et inversement quand c'est le travail féminin qui devient essentiel. Ainsi dans toutes les sociétés pastorales nomades (sauf les Touareg), où les activités masculines sont prépondérantes, la filiation est patrilinéaire. Cependant, il est très important de noter que *les indices de corrélation d'où ressortent ces tendances sont faibles*. Autrement dit, le choix d'un type de relation de parenté n'est pas uniquement déterminé par des facteurs économiques : d'autres interviennent, en des combinaisons complexes et variables. Elles obéissent certainement à une logique, mais nous ne la connaissons pas encore. Comme le dit M. Godelier :

*Pour l'instant, les sciences sociales n'ont pas été encore capables de déceler les corrélations entre les manières de produire et les manières sociales de se reproduire (17).*

Mais ces manières sociales de se reproduire peuvent, par la grâce des fictions juridiques, s'affranchir largement des limites posées par la nature.

(16) Cf. N. Rouland, *Anthropologie juridique* (Paris, PUF, 1988), 233-236.

(17) M. Godelier, *op. cit.*, *supra*, n. 7.

b) *Les rapports de parenté et le dépassement des limites naturelles*

*Eros et Thanatos* : un vieux couple, que nous connaissons bien. Il conduit nos destinées, mais nous ne sommes pas sans pouvoirs sur ces divinités tutélaires. Les sociétés traditionnelles l'ont maintes fois démontré en tournant la différenciation sexuelle et en dépassant la mort.

1) Le contournement de la différenciation sexuelle

*Les Esquimaux, grands techniciens, sont de pauvres sociologues*, a pu juger C. Lévi-Strauss (18). Pourtant, leurs capacités inventives dépassent celles des juristes anglais : les Inuit, ainsi que d'autres populations arctiques, pouvaient décider l'inversion du sexe de leurs enfants (19). Cela jusqu'à une date récente : dans le district d'Amensales (côte est du Groenland), J. Robert-Lamblin dit avoir rencontré entre 1967 et 1979 une trentaine d'individus de générations différentes qui avaient été ainsi changés de sexe dans leur enfance. Fiction ? Sans doute : ces enfants étaient nommés *Tikkaalia* ("fabriqué, transformé en garçon"), ou *muliakkaalia* ("fabriqué, transformé en fille"). Mais cette fiction s'inscrivait profondément dans la réalité. L'enfant acquiert les signes extérieurs (coiffure, vêtements) de son sexe d'emprunt, est éduqué à accomplir les tâches propres à ce sexe. Cependant, la nature reprend ses droits plus tard. À l'adolescence, garçons et filles retrouvent socialement leur sexe biologique, ce qui ne va pas sans poser les problèmes psychologiques que l'on devine, et peut aller jusqu'au suicide. Les filles, notamment, éprouvent beaucoup de mal à cesser de chasser pour se consacrer aux activités domestiques. À l'époque actuelle, les hommes élevés en filles, n'ayant pas été formés à la chasse, s'orientent vers des tâches salariées : employés de maison ou de bureau, catéchistes, etc. Sur le plan quantitatif, on ne dispose que de données parcellaires : 1,3 % d'individus sont concernés à Ammassalik d'après J. Robert-Lamblin : entre 1 et 2 % à Iguluk (Arctique canadien) — en 1986 — d'après N.Q.B. Saladin d'Anglure. Quelles sont les raisons de la mutation qu'ils ont du subir ?

Pour J. Robert-Lamblin, l'explication est d'ordre fonctionnel. L'inversion de sexe répondrait à un souci de rééquilibrage du *sex ratio* au niveau de la famille afin que les aléas d'une trop inégale répartition sexuelle des enfants ne perturbent dangereusement la division sexuelle du travail, très marquée chez les Inuit. L'inversion aurait entre autres permis d'éviter l'infanticide du nouveau-né de sexe indésirable. N.Q.B. Saladin d'Anglure ne récuse pas cette explication, mais l'estime insuffisante. Il l'enrichit d'une hypothèse de type structuraliste. Pour lui, il s'agit moins d'une inversion des sexes fixés par la nature que de la construction purement culturelle d'un "troisième sexe" social, défini par le *chevauchement* de la frontière des

(18) C. Lévi-Strauss, *Anthropologie structurale* (Paris, Plon, 1958), 6.

(19) Cf. J. Robert-Lamblin, "Changement de sexe" de certains enfants d'Ammassalik (Est Groënland) : un rééquilibrage du *sex ratio* familial ? *Études Inuit*, 5-1 (1981), 117-126, qui privilégie une explication fonctionnelle du phénomène. Sans l'écarter, N.Q.B. Saladin d'Anglure en donne une interprétation plus large, faisant notamment appel au symbolisme et aux conceptions religieuses des Inuit. Cf. N.Q.B. Saladin d'Anglure, Du fœtus au chamane : la construction d'un "troisième sexe" inuit, *Études Inuit*, 10/1-2 (1986), 25-113 ; Penser le "féminin" chamanique, ou le "tiers-sexe" des chamanes inuit, *Recherches amérindiennes au Québec*, XVIII/2-3 (1988), 19-49. Le "troisième" sexe, *La Recherche*, 245 (juillet-août 92), vol. 23, pp. 836-844. Cette inversion de sexe peut étonner l'observateur occidental. De telles fictions ne sont cependant pas exceptionnelles : dans certaines sociétés d'Afrique noire, la femme ménopausée est considérée comme un homme, ce qui, au dire de la médecine occidentale, n'est pas complètement illégitime d'un point de vue strictement honnoral, évidemment partiel.

deux autres (20) : le garçon transformé en fille n'est jamais totalement féminin et rejoint la masculinité à l'adolescence ; il en va de même pour la fille. Par ailleurs, ce chevauchement se manifeste à trois niveaux, suivant des modalités différentes, mais conformément à une même structure. Au niveau *humain* : c'est celui de la division sexuelle des tâches (envisagé par J. Robert-Lamblin). Mais aussi au niveau *infra humain* : le fœtus peut changer de sexe à la naissance lorsqu'il est contrarié ou que l'accouchement est long ou difficile. L'accoucheuse devait d'ailleurs toucher le pénis du bébé pour éviter qu'il ne change de sexe, notamment en profitant d'un moment d'inattention pendant qu'on le nettoyait.

Mais le niveau le plus riche est sans doute celui de l'échelle *supra humaine*. Analysant plusieurs grandes figures mythiques Inuit, N.Q.B. Saladin d'Anglure montre bien que les deux sexes y apparaissent à la fois antagonistes et mutuellement dépendants, et comment les contradictions nées de la bisexualité naturelle peuvent être transcendées par le chevauchement de ses frontières (ainsi de Taqqiq, l'homme féminin, qui cumule la maîtrise de la chasse et de la sexualité fécondante). Le chamane, intermédiaire privilégié entre l'humain et le surhumain, participe d'ailleurs pleinement de cet univers mythique. Il n'appartient de façon tranchée à aucun des deux sexes : les tabous qu'il doit respecter sont à la fois féminins et masculins, ainsi que leurs vêtements. Les individus qui ont changé de sexe à leur naissance sont prédisposés à un destin chamanique. Entre autres critères d'élection (la filiation parentale joue également dans la détermination d'une carrière chamanique), les relations du chamane avec ses esprits attirés est également marquée par le chevauchement entre les sexes. Le chamane est en effet choisi et dirigé par un esprit protecteur, *souvent de sexe opposé au sien* (car si les chamanes hommes sont majoritaires, il y a aussi des femmes), qui lui assigne des esprits auxiliaires qui le serviront (une étude menée sur des chamanes d'Iglulik par N.Q.B. Saladin d'Anglure (21) montre qu'ils avaient toujours au moins un esprit auxiliaire du sexe opposé au leur). Enfin, on trouve un dernier signe de cette construction en échos d'un troisième sexe dans le système de transmission des noms. Comme dans bien des sociétés traditionnelles, et à l'époque médiévale en Occident (22), le nom donné à un enfant est celui d'un ancêtre décédé. L'identification qui en résulte est si forte qu'un enfant portant le nom de son grand-père ne sera pas dénommé *mon fils* par son père, mais *mon père*. Éventualité qui ne suffit pas à entraîner le travestissement et l'inversion des rôles sexuels, mais en constitue la condition nécessaire. Pour N.Q.B. Saladin d'Anglure, plus un enfant reçoit de noms provenant d'éponymes de l'autre sexe, plus est forte la probabilité de son inversion sexuelle (23).

Ces coutumes et croyances se meurent dans l'Arctique d'aujourd'hui, comme achèveront bientôt de disparaître les derniers Inuit qu'elles avaient marqués dans leur enfance. Faut-il s'en réjouir ? Oui, si l'on considère les perturbations psychologiques qu'elles pouvaient entraîner. Non, si l'on se rend compte que les représentations qui les sous-tendaient sont remplacées par celles, autrement plus pauvres, qui naissent de la contemplation sur les écrans de télévision des video-cassettes pornographiques, fort prisées dans l'Arctique, et dont on sait qui les y a introduites. Non, si l'on constate que le modèle occidental, qui supprime les

(20) Cf. N.Q.B. Saladin d'Anglure, *op. cit.*, *supra*, n. 20 ("De fœtus au chamane..."), 97.

(21) *Ibid.*, 81.

(22) Cf. N. Rouland, *op. cit.*, 286-287.

(23) Cf. N.Q.B. Saladin d'Anglure, *op. cit.*, 62-63. Sur ce point, l'opposition est manifeste avec J. Robert-Lamblin, pour laquelle le nom est asexué, ce qui entraîne l'autonomie de l'inversion sexuelle par rapport à la transmission des noms.

conceptions autochtones, paraît s'acheminer vers une identification entre les sexes, qui opère là aussi un dépassement de la nature, mais dans un sens réducteur.

Le constat d'appauvrissement est encore plus fort lorsqu'on se tourne vers la mort.

## 2) Le dépassement de la mort

Le nom exprime la personnalité de celui qui le porte : il peut même la transmettre au-delà de la mort. Par ailleurs, certains types de mariage amènent aussi à ce type de franchissement, dans le but d'éviter une autre sorte de mort : l'absence de descendance.

• Dans le droit positif moderne, l'attribution du nom est une conséquence de la parenté. Dans les systèmes traditionnels il peut en être la source. Chez les Inuit, deux individus non consanguins mais portant le même nom sont *adbwareik* ("moitié d'un tout invisible") et parents ; un lien de parenté et des devoirs d'assistance réciproque les unissent (24). Les noms attribués sont ceux d'ancêtres décédés, qui transmettent aux enfants leurs traits de caractère, témoignant ainsi d'une certaine permanence (25). Les représentations qui sous-tendent ces procédés ne nous sont pas totalement étrangères. Au Moyen Age, les héros de romans ne prennent leurs noms qu'après une série d'épreuves initiatiques les révélant à eux mêmes, tant est forte l'idée qu'on connaît l'homme à travers son nom. À l'époque actuelle, nous portons en général des prénoms de saints, censés nous associer à leurs mérites et nous faire bénéficier de leur protection. On notera aussi le succès auprès du public de certains ouvrages enseignant aux parents que le prénom qu'ils donneront à leurs enfants influera sur leur personnalité ...

Plus généralement, la parenté africaine et le système de nomination l'exprimant s'éloignent plus aisément de la réalité physiologique que les droits modernes. Ainsi, au Gabon, les noms d'un individu varient suivant l'endroit où il se trouve. Dans le terroir du père, il portera des noms masculinisés ; dans le terroir paternel de sa mère, des noms féminisés ; à son mariage, la femme reçoit de nouveaux noms, ou *noms-enfants*, car elle est un enfant par rapport à son mari (26) (ne nous indignons pas trop vite : la coutume dominante, chez nous, est encore que le mariage éteint le nom de famille de l'épouse, même si le droit lui permet de le conserver et de le transmettre à ses enfants). Le nom est donc davantage porteur d'un mode de filiation ou d'alliance que de la "vérité" biologique. Il peut même servir d'organe à un mode de parentalisation totalement autonome par rapport à celle-ci. Ainsi en est-il de la "parenté à plaisanterie" (27). Ceux qu'elle unit se doivent une assistance réciproque, et peuvent échanger plaisanteries et moqueries sans que cela entraîne des conflits. La relation peut intervenir dans deux cas. Soit à l'intérieur d'un même groupe familial (où elle tempère les rapports hiérarchiques). Soit, plus généralement, entre deux groupes familiaux non consanguins. La résidence, enfin, peut suffire à créer la parenté : seront rattachés à la famille des étrangers non consanguins partageant sa vie à des degrés divers (individus nés en esclavage ;

(24) Cf. J. Malaurie, *Les derniers rois de Thulé* (Paris, Plon, 1975), 183-184.

(25) Sur la mort dans les sociétés traditionnelles, cf. N. Rouland, *Le statut juridique des morts dans les sociétés traditionnelles*, à paraître dans : *Mélanges G. Duby*.

(26) Cf. I. Nguéma, *Le Nom dans la tradition et la législation gabonaise. Essai de droit coutumier Ntumu* (multigr., thèse 3e cycle, Paris, FDSE, 1968).

(27) Cf. D. Paulme, *Parentés à plaisanterie et alliance par le sang en Afrique occidentale*, *Africa*, XII-4 (1934), 433-444.

esclaves de cases ; clients : notons à propos de ceux ci qu'à Rome le terme *pater* est à la racine de celui dont se sert le *cliens* pour désigner son *patronus* ...).

• *Il n'y a pas de remède à la mort, si ce n'est l'enfant.* affirme un proverbe Bambara. À en juger par l'acharnement à avoir une descendance que manifeste notre recours aux nouveaux modes de procréation, nous pourrions le faire nôtre, encore que dans les sociétés traditionnelles la permanence visée soit davantage celle du lignage que de l'individu. Pour faire face aux difficultés de l'engendrement ou à son impossibilité, celles-ci recourent davantage aux fictions juridiques qu'à l'ingénierie médicale. Ainsi, pour remédier à la stérilité, les Nuer (Soudan) n'hésitent pas à transcender aussi bien la mort que la différenciation sexuelle (28). Dans le *mariage entre femmes*, une femme stérile épouse une autre femme en versant une dot à ses parents et possède l'autorité "paternelle" sur les enfants que son "épouse" a de géniteurs mâles. Cette femme stérile est considérée comme un homme : elle peut hériter du bétail et recevoir une part des dots versées lors du mariage des filles de son lignage. Dans le *mariage fantôme*, une veuve contracte mariage au nom de son mari mort sans héritier, ce qui peut aussi être le cas d'une sœur vis-à-vis de son frère décédé dans la même situation. Les Kikuyu vont encore plus loin dans la fiction en admettant qu'une veuve, trop âgée pour avoir avec un amant un enfant qui hériterait de son mari décédé, peut acheter une femme avec les biens du *de cuius*, et la faire procréer pour elle avec des géniteurs mâles : la femme ainsi achetée est alors considérée comme l'épouse du mort, et ses enfants comme les héritiers directs du défunt (notre droit positif connaît bien le mariage posthume, mais il reste exceptionnel et destiné à légitimer des enfants conçus avant le décès de leur auteur).

L'adoption serait aussi évidemment à inscrire au nombre des procédés créateurs de parenté permettant de remédier à la stérilité. Toutefois, et sans nous engager plus avant sur ce terrain qui mériterait de plus amples développements, notons que l'exemple des Inuit, chez qui elle est très répandue, suggère qu'elle sert des objectifs plus amples que le simple correctif d'un déficit démographique, et possède des aspects symboliquement structuraux (29). En effet, l'adoption y apparaît dans sa dimension horizontale, la plus communément envisagée, lorsqu'elle opère entre familles conjugales, ou entre bandes locales et régionales, et peut intervenir parallèlement à des alliances matrimoniales ou des échanges de conjoints. Mais elle possède aussi une dimension verticale, moins connue : des grand-parents ou leurs collatéraux adoptent des enfants de la deuxième génération descendante, qui sont ainsi hissés à la génération de leurs parents. Elle apparaît ici comme un mode de chevauchement vertical entre les générations, dont l'autre modalité réside dans le système de transmission des noms des défunts aux nouveau-nés : le flux des noms des morts descend, celui des enfants remonte le temps. Pour N.Q.B. Saladin d'Anglure, ces chevauchements (à celui des générations on peut adjoindre celui des sexes (30)) constituent :

... *le véritable axe structural de la société inuit, celui où se nouent les fibres du tissu social, le lieu où la filiation devient alliance, et l'alliance devient filiation*

(28) Cf. F. Zonabend, De la famille : regard ethnologique, dans A. Burguière et alii, *Histoire de la famille*, op. cit., 65-66 ; R. Verdier, Customary Family Law, dans : *International Encyclopaedia of Comparative Law* (M.A. Glendon ed.), IV (1938), ch. II, p. 261.

(29) Cf. N.Q.B. Saladin d'Anglure, Enfants nomades au pays des Inuit Iglulik, *Anthropologie et sociétés*, 12-2 (1988), 125-166.

(30) Cf. *supra*, n° 19.

(avec l'adoption), sublimant l'antagonisme binaire de ces deux aspects de la parenté et des théories qui en rendent compte (31).

De cette polyphonie de l'adoption, notre droit positif ne témoigne guère, pas plus que sa pratique. Elle semble réduite à un palliatif des insuffisances de la nature, et pas toujours vécue sans honte ni regrets : on connaît bien les traumatismes psychologiques dont peuvent souffrir les enfants adoptés ; le fait que beaucoup de couples ne reculent pas devant l'inconfort et la patience requis par les nouveaux modes de procréation plaide aussi pour la sous qualification de la parenté adoptive dans nos conceptions actuelles ou récentes. Est-ce à dire que nos sociétés modernes opèrent un retour à la nature ?

## II. LE RETOUR PARTIEL À LA NATURE DES SOCIÉTÉS MODERNES

La nature est à la mode : le succès de l'écologie en témoigne (quels que soient par ailleurs ses mérites et sa justification), comme d'autres signes, tels que les références à un monde rural idéalisé dans les messages publicitaires. L'excès de ces tendances pourrait conduire à oublier que pour survivre, l'homme a dû faire preuve d'inventivité et de détermination pour s'accorder à elle, souvent la modifier, et parfois la combattre. Car la nature n'est pas toujours bénéfique, caressante, ou harmonieuse.

Dans le domaine des rapports de parenté, le processus de complexification dont sont issues les sociétés modernes paraît cependant tendre à un ancrage plus profond du familial dans le naturel que dans les sociétés traditionnelles. Cependant, bien des signes montrent par ailleurs que les modes de parentalisation continuent à s'exprimer sur d'autres registres que les rapports familiaux.

### A) Complexification et valorisation de la nature

Les anthropologues classent les sociétés, traditionnelles et modernes, en quatre grands types (élémentaire, semi-élémentaire, semi-complexe, complexe) (32), distingués suivant le degré de différenciation des pouvoirs politique et parental. Le type complexe est celui des sociétés modernes, occidentales ou non, passées ou présentes dans lesquelles l'organisation du pouvoir politique est sans ambiguïté étatique (de la cité-État antique aux États dictatoriaux). À l'intérieur de ce cadre, on peut constater que la tendance à la complexification s'accompagne d'un penchant parallèle à la nucléarisation et à l'indifférenciation de la famille, la rapprochant de sa condition naturelle. Et inversement.

#### a) Nucléarisation de la famille

La complexification croissant (ce qui n'est nullement une "loi" irréfragable de l'évolution, au moins dans le domaine social), la famille respire moins profondément. Mais si le mouvement s'inverse, elle retrouve son ampleur. Ces processus étant bien connus, nous nous bornerons à en citer quelques exemples. Comme le montre bien G. Duby (33), l'autorité royale s'efface au profit des pouvoirs locaux au début du X<sup>ème</sup> siècle : le mouvement de complexification

(31) *Ibid.*, n. 29, p. 161.

(32) Cf. N. Rouland, *op. cit.* (*Anthropologie juridique*), 196-198.

(33) Cf. G. Duby, *La société chevaleresque*, (Paris, Flammarion, 1988), 164-165 : *Mâle Moyen-Age* (Paris, Flammarion, 1988), 129-146.

s'inverse. Les dimensions mentales et juridiques de la famille aristocratique commencent alors à changer. Jusque-là, on la concevait comme un groupe horizontal de parents, autant consanguins qu'alliés : les "proches" comptaient plus que les "ancêtres". Puis la conscience généalogique du lignage se forme pour pallier l'affaiblissement des structures étatiques : l'individu se sent dès lors membre d'un lignage agnatique patrilinéaire à primogéniture mâle, enraciné dans la mémoire d'un ancêtre fondateur. Signe de la dilatation "politique" de la famille : plus le lignage est de rang social élevé, plus sa mémoire généalogique est profonde. Avec la fin de la féodalité, l'individualisme fait son apparition (la proportion des contrats passés par un individu agissant seul, ou avec le concours de son épouse, croît), et la communautarisation des relations familiales s'atténue, avec d'inévitables disparités coutumières suivant les pays. Mais au XIV<sup>ème</sup> siècle —époque de grandes catastrophes (épidémies, guerres etc.)—, en bien des endroits la famille redevient un rôle pour les individus en détresse et ses dimensions à nouveau se dilatent.

Autre exemple, *a contrario* et plus contemporain : l'évolution du droit français au XX<sup>ème</sup> siècle ajuste sur le corps familial des habits plus serrés. La loi du 31 décembre 1917 a ramené du douzième au sixième degré la successibilité en ligne collatérale ; celle du 26 mars 1957 a fait passer le conjoint survivant avant les oncles et cousins germains dans la hiérarchie successorale ; une loi de 1964 a affranchi le conjoint survivant de la surveillance de la famille étendue manifestée par le conseil de famille ; à l'heure actuelle, la fiscalité successorale assimile pratiquement à des étrangers les parents autres que le conjoint où les successibles en ligne directe du défunt.

La famille se restreint donc à une communauté "naturelle" : ceux qui sont liés les plus directement par l'alliance et la filiation, dans un même espace résidentiel, avant que le nomadisme des sociétés modernes (les mutations professionnelles) ne vienne le fragmenter.

Parallèlement, on note une extinction de l'unilinéarité au profit de l'indifférenciation.

#### *b) Indifférenciation de la famille*

La filiation indifférenciée n'est pas l'exclusive des sociétés modernes. Les sociétés traditionnelles peuvent aussi la connaître. Suivant les classifications anthropologiques de la parenté, notre système de filiation est de type esquimau, celui-ci étant indifférencié. Toutefois, les sociétés traditionnelles obéissent plus fréquemment à l'unilinéarité. Quant aux sociétés médiévales, elles sont d'une très grande richesse à cet égard : si le lignage aristocratique a tendance à s'affirmer agnatique et patrilinéaire, on trouve dans les coutumes populaires et bourgeoises des exemples nombreux de systèmes indifférenciés et, plus rarement, des témoignages de matrilinéarité (34). Les sociétés traditionnelles ont été modifiées par la colonisation, et les sociétés occidentales par des processus d'une autre nature. Mais dans les deux cas l'unilinéarité a décliné au profit de l'indifférenciation. Quoique inachevé, le phénomène est plus sensible dans le cas des sociétés traditionnelles, car leur acculturation a été plus rapide.

En Afrique noire, l'unilinéarité a été remise en question dès la colonisation sous l'influence des mutations économiques (35). Dans les sociétés patrilinéaires,

(34) Cf. P. Ourliac, L. Gazzaniga, *Histoire du droit privé français*, (Paris, A. Michel, 1985), 81-89.

(35) Cf. J.-P. Dozon, *En Afrique, la famille à la croisée des chemins*, dans : A. Burguière et alii, *Histoire de la famille*, op. cit., t. II, 323-337.

l'héritage, de collatéral (de l'aîné au second) est devenu vertical (père-fils) en raison de l'importance nouvelle accordée aux familles restreintes en tant qu'unités de production. Dans les sociétés matrilineaires, l'économie de plantation a déterminé une évolution vers la bilatéralité (chez, les Attié de Côte-d'Ivoire, le fils hérite, en général par testament, des plantations de son père, tandis que les biens de prestige restent dans le matrilineage de celui-ci). Ces processus vont s'accélérer à partir des Indépendances. Les représentations traditionnelles de la différenciation entre hommes et femmes et leurs conséquences au niveau de l'organisation du travail, fondements des systèmes unilinéaires, sont de moins en moins admises par les femmes, qui revendiquent une plus grande égalité. La scolarisation, l'urbanisation contribuent aussi à la diffusion de modèles mentaux venus d'Occident reposant à cet égard sur des valeurs différentes. L'avenir ne résultera peut-être pas de l'accentuation de ces traits présents : les politiques dites "d'authenticité" juridique mises en œuvre dans certains codes de la famille récents en Afrique noire le laissent à penser. Mais il ne sera pas la répétition d'un passé, plus probablement réinterprété que reproduit ou aboli.

Quoi qu'il en soit, la tendance à l'indifférenciation rapproche encore la famille de la nature : elle met sur le même plan deux parents, dont la fusion des gamètes est nécessaire et suffisante pour l'engendrement. Or, dans nos sociétés, la filiation tend à s'identifier à l'engendrement, et la "vérité biologique" connaît en droit de la famille un succès certain. Ce qui peut s'expliquer aisément. D'une part la médecine moderne permet de s'en rapprocher beaucoup plus qu'auparavant : elle tend à combler le recul de l'institutionnalisation du lien matrimonial, amarre pour des enfants pris dans les remous d'unions passagères ou brisées ; l'engendrement est vécu comme un ersatz de survie individuelle face à l'angoisse d'une mort moins justifiée qu'auparavant ; cette vérité biologique, enfin, participe au culte ambiant d'une nature idéalisée. Autant de raisons sérieuses, mais qui ne constituent pas nécessairement un progrès. On ne voit pas en quoi la fécondation *in vitro*, indéniabile prouesse technique, est moralement supérieure à l'adoption : un enfant se construit au moins autant qu'il s'engendre.

Cependant, la nature n'a pas complètement investi les relations de parenté : même dans nos sociétés modernes, il y a des modes de parentalisation extra naturels.

## B) La parentalisation extranaturelle

Modes de parentalisation extranaturels : nous entendons par là les différentes modalités suivant lesquelles des relations de type parental sont établies et activées dans des domaines *a priori* distincts de l'univers des rapports familiaux, et de la parenté telle que l'entend principalement le droit (une relation d'engendrement dérivant de la nature sexuée de la reproduction humaine) :

*Parenté renvoie à une institution naturelle, fondée sur les liens du sang, et donc plus ou moins contrainte. Tandis qu'avec la sociabilité (...) on se situe dans le monde du volontariat et de la liberté (36).*

### a) Vocabulaire de la parenté et sociabilité

On a pu montrer (37) que l'emploi du vocabulaire de la parenté dans les structures de sociabilité correspondait à trois finalités : élaboration de modèles

(36) M. Vénard, Le vocabulaire de la parenté dans les structures de sociabilité, dans : *Aux sources de la puissance : sociabilité et parenté* (dir. F. Thélamon), (Publications de l'Université de Rouen, n° 148, 1989), 13.

(37) *Ibid*, 16-17.

d'égalité et d'affection, notamment par l'usage des termes de fraternité et de filiation (scoutisme, mouvements religieux) ; constitution de parentèles se substituant à une parenté naturelle défaillante ou insuffisante (confréries, compagnons du Tour de France, marraines de guerre) ; volonté de dépassement ou même d'annulation de ces liens de parenté naturels (textes, certaines communautés religieuses).

*b) Parenté et vie sociale et politique*

- Au niveau politique, l'emploi des structures de parenté est quasiment constant. À Rome, il existait une relation de pseudo-filiation entre deux magistrats dont l'emploi renforçait et légitimait leur distinction hiérarchique (Rome est une cité des pères plus que des frères) (38) ; à l'époque féodale, la parenté déborde très largement du champ familial : entre le seigneur et son vassal existent là aussi des relations de filiation fictive. Pour moderne qu'elle soit, notre époque connaît aussi de tels emprunts. Staline se faisait nommer le "petit père des peuples", et les partisans d'Ho-Chi-Minh l'appelaient "Oncle Ho" (les pays du sud-est asiatique sont marqués par une forte tradition matrilinéaire, dans laquelle c'est l'oncle maternel qui assume les fonctions reconnues au père de l'enfant dans les systèmes patrilinéaires). Les adhérents de partis politiques fortement structurés les qualifient volontiers de "seconde famille", et on parle dans certains de "cellules" (comme la cellule familiale). Lors de sa seconde campagne présidentielle, M. Mitterrand s'est présenté comme le père d'une "France unie" (sous-entendu : comme une famille doit l'être), sur fond de paysage rural évoquant une communauté villageoise, plus proche de la nature que les grandes métropoles.

- Le modèle familial a également marqué certaines formes de sociabilité nées des mouvements de contestation des années soixante-et-dix. D. Hervieu-Léger a fort bien montré comment les communautés néo-rurales, fondées sur des idéaux libertaires négateurs de la famille traditionnelle et naturelle (39) ont été éphémères. En une décennie, ces communautés ont dû, pour ne pas se dissoudre (comme beaucoup durent s'y résoudre) bouleverser leurs représentations mentales originelles : la nature n'était plus identifiée au libre foisonnement de la vie mais à un univers ordonné et régulé ; à la condamnation de la famille bourgeoise succédait la valorisation de la famille rurale du passé, soudée par l'obéissance à son chef, le mâle assurant sa subsistance, et à la mère, souveraine de la maison : la division sexuelle du travail sortait ragailardie de l'épreuve.

- Les rapports de la parenté avec la vie économique sont plus ambigus. D'abord parce que, dans ce cas, l'influence exercée par les groupes familiaux sur le monde économique est bien celle de la famille au sens "naturel" et premier du terme. D'autre part, en ce qui concerne le XIX<sup>ème</sup> siècle, il paraîtrait qu'on doive tempérer les idées reçues sur le caractère déterminant des réseaux familiaux dans le monde des entreprises : ceux-ci existent, mais au sein d'autres réseaux et solidarités

(38) Cf. P. Moreau. La relation de pseudo-filiation entre questeur et prêteur : les vicissitudes d'un modèle politique romain tiré des relations de parenté, *ibid.*, 37-46.

(39) "... les communautaires de l'après 68 partageaient tous cette idée que la famille -instance de contrôle du désir et lieu primaire d'apprentissage de la soumission- est, par excellence, le support de l'ordre social bourgeois. En finir avec la famille, avec le couple monogame, avec le triangle fatidique papa-maman-enfants, était mis en avant, partout, comme la condition *sine qua non* de la transformation radicale de la conscience individuelle et collective, dont dépend ensuite, la capacité d'anticipation utopique d'une autre société". (D. Hervieu-Léger, *Communautés néo-rurales en France : de la contestation familiale à l'utopie d'une nouvelle famille*, dans : *Aux sources de la puissance*, op. cit., 93).

professionnels, qu'ils ne dominent pas (40). À l'époque actuelle, que l'on croirait dans ce domaine affranchie totalement de la famille, un constat similaire s'impose : la famille n'explique pas l'économie moderne, mais certains grands dirigeants (Lagardère, Leclerc, Bouygues, Dassault, Ricard, Trigano etc.) se posent volontiers en ancêtres fondateurs de dynasties à venir. En 1985, un quart (soit vingt et une sur quatre-vingt deux) des premières sociétés françaises étaient aux mains d'héritiers, et treize d'entre elles avaient été transmises entre 1976 et 1985 (41). Pour L. Bergeron, la modernité économique n'est nullement contradictoire avec le caractère familial des entreprises :

*La famille apparaît, selon les moments de l'histoire, comme le berceau de l'entreprise, le moule parfaitement adapté à une première croissance ; comme une structure qui sait s'adapter aux étapes ultérieures du marché et de la technologie ; enfin, même quand elle ne peut plus fonctionner comme telle, elle reste un recours moral, ou idéal, une référence culturelle à la bonne marche des affaires (42).*

Le monde politique n'échappe pas non plus à ces mécanismes de transmission : en France, 30 % des élus (en intégrant dans ce chiffre les élus locaux) ont des pères ou grand-pères dans la carrière politique (43). Autrement dit, la famille continue à tenir un rôle non négligeable dans la reproduction économique et politique.

\*

Famille, parenté et société n'ont donc pas fini de ruser les unes avec les autres. Tantôt elles s'épaulent, souvent elles semblent prendre leurs distances, parfois elles s'affrontent. Dans nos sociétés complexes, elles font plutôt bon ménage. La nature, par le biais de la vérité biologique dans la filiation, opère un retour dans les rapports de parenté. La famille nucléaire, celle qui colle de plus près au mode de reproduction sexué de notre espèce, n'a nullement disparu, et les jeunes la plébiscitent (cf. la valorisation de la "famille-cocon"), encore que l'augmentation des divorces la soumette à d'harassantes recompositions. Dans les pays du Tiers monde, l'unilinéarité recule devant l'indifférenciation.

Mais le pouvoir parental n'apparaît pas pour autant enfermé dans le cadre strict de l'organisation familiale. Non seulement la famille n'est pas exclue des jeux politique et économique, mais les modes de parentalisation — qui sont nés d'elle, de son vocabulaire, de ses représentations — continuent à modeler notre vie sociale.

Tout ceci à un degré certes inférieur à celui des sociétés élémentaires familières aux ethnologues, où famille et parenté s'affirment avec puissance par rapport à l'organisation du pouvoir politique et à celle des réseaux de sociabilité, ouvrant un large champ à l'inventivité culturelle, affranchie, comme nous l'avons vu, de bien des limites naturelles. Qui le dit mieux que les Samo (44), de façon lapidaire et définitive :

*C'est la parole qui fait la filiation ; c'est la parole qui la retire.*

(40) Cf. F. Caron, Entreprises et parenté en France au XIX<sup>ème</sup> siècle, dans : *Aux sources de la puissance, op. cit.*, 169-177. Dans le sens inverse, celui des influences de l'économie sur la famille, il n'est pas sûr que la famille nucléaire soit née de l'industrialisation et de l'urbanisation : cf. M.T. Meulders-Klein, *Famille, droit et changement social dans les sociétés contemporaines*, Rapport général de synthèse (Paris, LGDJ, 1978), 690, n. 14.

(41) Cf. T. Gandillot, Les héritiers au pouvoir, *Le Nouvel Observateur* (5-11 juillet 1990), 6.

(42) *Ibid.*

(43) C. Barjon, Tel maire, tels fils, *Ibid.*, 10.

(44) Population d'Afrique noire (Burkina Faso).

Primat de la culture dans les sociétés traditionnelles, retour partiel à la nature dans les sociétés modernes. Démentant l'évolutionnisme, ce balancement n'exprime-t-il pas la condition humaine, dont l'optimum se situerait à une égale distance de la nature et de la culture ? Dissous dans la première, l'homme s'évanouirait ; misant à l'excès sur la seconde, il deviendrait étranger au monde qui l'a enfanté. Nous situer par rapport à la nature, construire notre harmonie avec elle sans la soumettre ni s'y soumettre : tel paraît être le sens du message que nous chante la polyphonie de la parenté.

# JULES RENARD FAMILIOGRAPHE :

## POIL DE CAROTTE, OU DE LA PUISSANCE MATERNELLE

Par

Anne ENSMINGER  
*Chargée de Recherche au C.N.R.S.*  
*École Normale Supérieure de Fontenay-Saint-Cloud*

"L'ordre familial, c'est comme l'ordre du Droit ; Il ne se fait point tout seul ; il se fait et se conserve par volonté."

ALAIN, *Propos*, 14 octobre 1913.

### 1. LE FOYER LEPIC

#### 1.1. Une maison dont le prince n'est pas cet enfant

1.1.1. Gouvernement maternel

1.1.2. Règne paternel

#### 1.2. Fils de quelqu'un

1.2.1. Le portrait de sa mère

1.2.2. Le miroir de son père

### 2. LA FAMILLE LEPIC

#### 2.1. Atmosphère criminelle

2.1.1. Tueur sans gages

2.1.2. Le complexe d'Agrippine

#### 2.2. Stratosphère civile

2.2.1. L'article 373, exercice et non-exercice

2.2.2. L'article 371, observation et non-observation

### CONCLUSION

## INTRODUCTION

Un peu de symétrie rajeunirait parfois le lexique : on parlait volontiers, naguère, de "faiseuses d'anges" ; a-t-on jamais pensé à appeler "faiseuses de démons" certaines mères, parce qu'elles auraient donné naissance à contre-cœur ? Ainsi de Madame Lepic. Tout *Poil de Carotte* peut se lire comme la suite et la fuite d'un accouchement confiné dans une douloureuse ellipse, comme un accouchement fugué aussi - tant on présente communément la naissance sous l'aspect d'une arrivée, alors que c'est la première d'une série limitée de sorties.

Dans *Poil de Carotte*, autant de tableaux, de chapitres ou d'aperçus, comme autant de contractions. Le chemin de croix est finalement optimiste : expulsion métaphorique, il ouvre tous les possibles au fils chassé loin de sa mère certaine. Pour l'amateur de livres, surtout s'il est, par surcroît, ami du Droit, une question flotte au-dessus de ces échappements sans le nom : qu'y a-t-il à penser du chez-soi à l'intérieur duquel l'enfant s'inquiète de multiplier les asiles ?

Le mot "dossier" s'est rencontré sous la plume d'un critique qui s'essayait à serrer d'un peu près le genre littéraire auquel ressortirait l'ouvrage (1). Que l'Université "littéraire" fasse, fût-ce sans le savoir, pareil cadeau à une sociologie juridique dont elle ignore souvent jusqu'à l'existence, voilà qui est trop peu fréquent pour n'être pas relevé, puis accepté. Dossier, donc, à condition d'ajouter : en souffrance, mais dossier étroitement sanglé.

On trouvera ici un effort pour lui donner un peu de mou, pour déliter les strates infra, péri, hypojuridiques naturellement organisées sans souci doctrinal des normes avérées, normes dont on percevra la connaissance, pourtant, le moment venu. En attendant, et à la manière des héros de l'indépendance polonaise au XIXème siècle, Poil de Carotte pourrait bien soupirer : "Le Droit est trop haut, et mon père trop loin" (2).

### 1. LE FOYER LEPIC

"Foyer" n'appartient pas au vocabulaire juridique, mais à l'économie. En forçant à peine, on peut considérer qu'il est de l'ordre du fait, et non du Droit. Le foyer Lepic est, en conséquence, une réunion d'individus qui produisent, consomment, se reproduisent, thésaurisent. Assez curieusement, le lecteur n'est convié qu'aux vacances à regarder l'assemblage familial auquel seul le travail du seul Monsieur Lepic permet de subsister. Et pour cause : M. Lepic au travail, les garçons au collège, pour plus tard travailler à l'instar de leur père, et la fille même dans son "institution", laissent Madame Lepic seule à la maison, ou quasi. Le travail soutient le foyer, il le disperse aussi. En revanche, les vacances, qui ne sont telles qu'en vertu d'un travail antérieur et ultérieur, permettent de tirer régulièrement un trait sous l'addition. Elles sont la récompense du travail, en même temps que le signe qu'on ne peut pas travailler toujours sans reconstituer, au fur et à mesure, non les forces de travail, mais la justification socio-intime de ce travail, la raison de

(1) Voir M. Autrand, *L'humour de Jules Renard*, Paris Klincksieck, 1978, 278 p. ; p. 122 et 180.

(2) Larousse, *Grand Dictionnaire Universel du XIXème siècle*, v° "Pologne", t. 12 (1874), p. 1324 B.

travailler (3). Ensuite, les vacances finies, chacun peut s'en retourner à ses affaires avec un indicible soulagement, moyennant quoi l'on peut définir le travail comme la vacance du foyer. Ainsi, dans la famille Lepic, il y aura toujours quelqu'un en vacances. Pour Poil de Carotte, ce ne sera pas durant l'été : la saison des chaleurs lui est fort redoutable. On ne plaisante pas avec le foyer, Honorine en sait quelque chose (4). Revenu dans ses foyers, Poil de Carotte, petit rouquin, se ré-expose aux radiations de la mère brûlante et sans chaleur, dont les thermies ne sont génératrices d'aucune vapeur d'industrie, dont le seul travail véritablement douloureux fut le travail d'accouchement, qu'elle prolonge bien au-delà du nécessaire. Le retour au foyer, pour le benjamin, est un retour au feu (5).

### 1.1. UNE MAISON DONT LE PRINCE N'EST PAS CET ENFANT

Les petits Lepic sont trois. À grand-frère Félix, aîné de surcroît (6), les privilèges du père, à sœur Ernestine, les prérogatives de la mère : garçon et fille, "souhait du roi". Jusque-là, tout est parfait. Si chacun des deux a la chance de recommencer l'un de ses parents, le troisième enfant répètera nécessairement un rôle déjà attribué avant sa survenue. Il fait donc double emploi, tant vis-à-vis de Félix, le mâle en charge, que vis-à-vis d'Ernestine, la cadette attirée. Est-ce que, pour autant, il comptera double ? Combinant les qualités des deux autres, il rogne forcément sur leurs avantages, surtout qu'il n'est pas dit qu'il conjuguera en lui leurs défauts. Mais Poil de Carotte hérite, dès le début, d'un statut réversible, où la préférence trouverait les mêmes raisons d'être qu'a trouvées l'exclusion. D'un côté, il gagne à résumer les deux aînés si l'union conjugale est heureuse : petit Saint-Esprit de la famille, en quelque sorte. De l'autre, il concentre les déplorations intérieures, exprimées ou non, pour peu que le couple connaisse l'échec. Diachroniquement, il y a les enfants du bon temps et celui du mauvais qui, à lui seul, équilibre ses prédécesseurs, par nature de sexe ("fort") et de postérogéniture ultime. Quand on est de trop, on n'est pas rien, mais plus qu'assez.

(3) Et de travailler en se tournant vers l'extérieur car, comme on verra, le travail domestique se ramène à la combinaison de la routine et de la sujétion. Le ménage bourgeois, c'est aussi l'exploitation de la femme par la femme.

(4) Les textes de Jules Renard seront cités dans l'édition en deux volumes de la Bibliothèque de la Pléiade, Paris, Gallimard et Flammarion, 1970-1971. Les citations proviennent, à de rares exceptions près, de *Poil de Carotte*, le livre, situé au tome 1, tandis que la pièce est au tome II. L'épisode concernant Honorine se trouve dans "La marmite", 1, pp. 690/692.

(5) C'est ce qu'a fort judicieusement souligné Duvivier, dans l'adaptation qu'il a donnée des trois œuvres de Renard (*Poil de Carotte*, livre, 1894 ; *Poil de Carotte*, pièce, 1900 ; *La Bigote*, jouée en 1909) dans lesquelles interviennent nominalelement les Lepic, et dont il a fondu la matière. Une première version filmée, muette (*Poil de Carotte*, 1926, avec André Heuzé, H. Krauss, Charlotte Barbier-Krauss) a précédé celle de 1932, de très loin la plus populaire (avec Harry Baur, Robert Lynen, Catherine Fonteney) : on y voit Poil de Carotte dialoguer avec son proviseur au moment de rentrer chez ses parents pour les vacances. On relève ensuite les versions de P. Mesnier (1951), J.-P. Paulin (1951) et H. Graziani (1972). Soit au moins cinq films en quarante-cinq ans, ce qui en dit long, par-delà le succès de librairie, sur la popularité du thème.

(6) La taille permet apparemment de passer au-dessus des basses besognes (fermer les poules, par exemple) et de remplir quelque noble mission (tenir à jour le tableau de chasse paternel sur une ardoise que lui seul atteint, tandis qu'il échoit à Poil de Carotte une besogne de goujat, dans "Les perdrix").

### 1.1.1. Gouvernement maternel

Madame Lepic est bonne ménagère, et sa maison "tourne" bien. Le pouvoir qu'elle y exerce ne dérive pas de la loi, mais d'habitudes privées consacrées par la pratique coutumière qui fait de la femme l'organisatrice du foyer. A priori, nous serions donc là très éloignés du Droit, puisque le rôle éducateur de l'épouse n'apparaîtra, dans le Code civil, qu'avec l'article 213 tel que l'aura redessiné la loi du 22 septembre 1942. Seul le respect exigé des enfants par l'article 371 (7) fonde en Droit, à l'époque, le pouvoir de la mère, et encore, au prix d'un double détour : d'abord, la traduction, un peu libre, de "honneur et respect" par "obéissance", ensuite l'éventuel recours à un texte qui vise l'enfant pour asseoir l'autorité du parent le plus mal partagé. Certes, au cas où l'enfant ferait des difficultés, le père a toute latitude pour entreprendre légalement ce qui lui paraît opportun, et donc pour imposer à sa progéniture le respect de la mère, mais cela encore est un détour (8). On le voit, l'assise civile de l'autorité de la mère mariée est fragile, soumise à des relais, chicanière : c'est une autorité sous tutelle, un pouvoir, non une puissance. Mais, de même que Diogène prouvait le mouvement en marchant, Mme Lepic montrera son autorité sans souci du Code, comme tout le monde. L'élément curieux n'est plus alors l'hiatus entre son autoritarisme et l'assise juridique réelle de son autorité, mais la construction coutumière par laquelle elle a spontanément, loin de tout livre et de tout savoir spécifique, fortifié inexpugnablement son empire. Un Droit civil positif distant, méfiant, pas même invoqué, est refoulé au loin par une coutume pénale

---

(7) Il faut considérer ensemble les articles 371 - "L'enfant, à tout âge, doit honneur et respect à ses père et mère", seul article du Titre IX à n'avoir, depuis les origines, changé ni de formulation ni de numérotation -, 372 - "Il reste sous leur autorité jusqu'à sa majorité ou son émancipation", autre survivant, devenu 371-1 - et 373 - "Le père seul exerce cette autorité durant le mariage". Si les deux parents sont à égalité sur le plan de l'attribution - cela explique que les deux premières formules n'aient pas donné lieu à actualisation -, il en va bien autrement quand il s'agit de l'exercice, et l'histoire législative, tout autant que l'intitulé explicite "De la puissance paternelle", suffisent à montrer que le décalage institué par l'article 213 entre les devoirs respectifs des époux est amplifié lorsqu'ils sont père et mère, non pas pour ce qui touche à leurs charges - article 203 : "Les époux contractent ensemble, par le fait seul du mariage, l'obligation de nourrir, entretenir et élever leurs enfants" - mais pour ce qui est des moyens qui leur sont légalement reconnus de faire valoir leurs droits de parents, à savoir les décisions relatives à l'éducation de l'enfant. L'intrication du Droit et des mœurs est si poussée ici qu'on ne s'étonnera pas du fossé qui se creuse non seulement entre observateurs du vécu familial ordinaire et professionnels du contentieux, mais encore entre juristes au masculin et au féminin, commentateurs de ces articles. On comparera utilement, par exemple, Henry Taudière, *Traité de la puissance paternelle*, Paris, Pedone, 1898, 550 p., et Thérèse Traizet, *Des droits de la mère légitime sur la personne des enfants pendant le mariage (en l'absence de séparation de corps)*, Paris, Domat-Montchrestien, 1939, 274 p. Le premier considère qu'"investie par l'article 372 C.C. de la puissance paternelle (sic), la mère n'a pas un rôle absolument effacé"; il donne une force considérable à l'article 371 : "Le mari prescrit-il, ou du moins tolère-t-il, un manque de respect de l'enfant envers sa mère, c'est de sa part une injure grave, autorisant celle-ci à introduire contre lui une demande en divorce ou en séparation de corps" (p. 102 et 103); il insiste enfin sur le renfort qu'apporte à la femme mariée "la religion chrétienne" qui "associe la mère à l'exercice ou tout au moins à la jouissance (sic) de la puissance paternelle" (p. 45 note 2). La deuxième retrace le destin malheureux d'une "puissance maternelle" dont l'institution avait été explicitement envisagée par Cambacérès (p. 38), dénoncée dans le Code civil une "législation pour des pères modèles" (p. 94) et conclut qu'en dépit de l'évolution législative et de la construction jurisprudentielle qui en ont remodelé les effets, "ces dix mots [de l'article 373] sont la source de drames déchirants, d'autant plus pénibles qu'ils se passent dans le huis clos de la famille" (p. 254); bref, "le rôle de mère est au point de vue juridique un rôle de spectatrice, qui a des droits purement honorifiques [...] qu'elle ne peut exercer la plupart du temps" (p. 253). Ainsi donc, on trouve la dénonciation d'un hiatus entre les textes juridiques et les situations réellement vécues aussi bien chez ceux qui cherchent à relativiser la prééminence paternelle que chez ceux qui en déplorent l'insuffisante pondération. Décidément, "la puissance paternelle doit être étudiée non comme un fait juridique, mais comme un fait sociologique" (Traizet, op. cit., p. 145).

(8) Pour que ce détour, envisagé sans ambages par certains juristes (voir plus haut, note 7, Taudière, op. cit., p. 103), soit efficace, encore faut-il que le père ne campe pas trop loin de la mère : cela explique la dérobaie finale de M. Lepic.

interne au cercle familial, arbitraire, sans recours, même gracieux, et dont les effets sont tout justes prévisibles pour celui-là seul à qui elle s'applique par privilège.

En plaçant aux extrémités du livre deux textes où la parole maternelle est indicatrice d'un acte à accomplir, ordre simple et gentille demande, Renard a installé la mère jussive entre deux états de la ponctuation, entre sommation dominatrice et requête conciliatrice. De l'une à l'autre, on rencontrera une question sèche qui vaut franche contrainte, lorsqu'il s'agit d'achever les perdrix blessées par le père (9), et aussi le grand silence interpellatif qui expédie Poil de Carotte en pseudo-ronde de nuit (10). Ce jeu de prescriptions, qualitativement limité, ne déroge pas à l'économie ordinaire de l'injonction parentale, où l'acte de commander n'est pas soumis à des règles formelles. En revanche, il se singularise dès que l'on prend en compte l'insertion de l'ordre dans l'histoire de cette famille-là, l'objet de l'ordre, et enfin son environnement conjoncturel.

Dès "Les Poules", on assiste à la mise en place forcée d'une habitude, puisqu'au retour de sa mission au poulailler, Poil de Carotte apprend qu'il ira le "fermer tous les soirs". D'anecdotique, la prescription devient perpétuelle ; l'ordre verbal institue un ordre domestique. *Verba manent*. Seule possibilité d'adoucir la simili-condamnation : transformer plaisamment l'ordre en faveur (11), sans qu'on puisse démêler ce qui, chez Poil de Carotte, relève alors de la forfanterie, de ce qui serait à mettre au compte d'une pudeur antiphrastrique ; alors, le langage commence de se dévoiler comme l'outil du salut. La parole de Mme Lepic est périssable, parce qu'elle est transposable. Même différée, même réalisée à l'intention d'un tiers, l'édulcoration de l'ordre vaut adultération de la contrainte. Poil de Carotte, en s'inventant libre de ne pas profiter de la belle promesse, se fabrique, pour un futur indatable mais certain, une précieuse réserve de libre-arbitre, d'autant plus efficace le moment venu qu'elle sera restée inutilisée plus longtemps.

Dans "C'est le chien", phénomène inverse. Poil de Carotte est déjà dressé à effectuer une petite ronde nocturne, en cas de jappements intempestifs : on aborde là la famille Lepic en plein automatisme prescriptif (12). Les effets patents d'un ordre antérieur se poursuivent mécaniquement tous les soirs. Sauf que Poil de Carotte, scrupuleux exécutant au début, finit par tricher et simule sa sortie nocturne. L'ordre, ici, s'émousse dans le temps, faute d'être réétalonné après contrôle. Hyperbolique au départ, il achève sa trajectoire en parabole, à ras de terre. L'influx verbal a perdu sa force : *verba volant*.

L'objet de l'ordre coïncide toujours avec quelque avatar de la mort : sortir seul dans la nuit, finir de tuer une bête. Manger, être mangé, bref, la loi de la jungle, c'est-à-dire le contraire de toute loi. L'aguerrissement a bon dos, il permet la confrontation forcée de l'enfant avec les ténèbres extérieures au Droit, là où sont les bêtes mauvaises, les rôdeurs, l'agonie d'animaux lambda. La leçon ne serait pas sans intérêt si justement c'en était une, autrement dit si elle était imposée à tous les enfants du foyer. Mais Ernestine et Félix se sont défaussés sur le petit frère, une fois pour toutes, des missions déplaisantes, quittes à lui en abandonner la gloire (13). Ainsi concourent-ils à définir, par élimination, une obligation coutumière qui signifie le renvoi inéluctable de Poil de Carotte à une barbarie infantine - c'est-à-dire, littéralement, sans parole, sans réplique, sans Droit.

(9) "Les perdrix", I, p. 663.

(10) "C'est le chien", I, p. 664.

(11) "Le programme", I, p. 696.

(12) "Poil de Carotte, sans qu'on le lui ordonne, est allé voir ce qu'il y a" (I, p. 664).

(13) "Les poules", I, p. 661 : "Il est hardi comme un bouc", "il ne craint rien ni personne" - on est tenté d'ajouter les derniers mots de "L'Album" : "excepté maman !".

Contiguë à la coercition, l'interdiction frappe particulièrement Poil de Carotte dans les relations familiales qu'il pourrait entretenir avec les deux plus proches rivaux de Mme Lepic : le père et la bru. "Coup de théâtre" montre Mme Lepic dans toute la passion prohibitrice dont elle enveloppe, chaque fois que faire se peut, les relations père-fils. Interdit par elle de promenade avec M. Lepic, Poil de Carotte reprend à son compte le changement de programme, au risque de passer pour lunatique. Il refuse à son père l'explication qu'on lui refuse d'autre part, travaillant de la sorte à précipiter l'affrontement silencieux des époux haineux - parents sur lesquels il fait ensuite retomber équitablement la dalle de pierre si connue : "Tout le monde ne peut pas être orphelin" (14). Il est bien clair qu'ici Poil de Carotte n'est que l'instrument de la dénégation uxoriale du mari, et que sa propre répudiation par la mère est seulement consécutive à une mésentente préalable au sein du couple. Finalement, seul au fond de son placard, il ne reste ni avec l'un, ni avec l'autre ; d'un seul doigt dans le nez, il s'auto-métaphorise, tandis que les deux doigts dans la bouche renvoient aux parents : s'il les tue en paroles, c'est qu'il meurt de leur séparation d'âmes. La conjugalité commence côte à côte, se poursuit face à face, s'achève dos à dos (15). Temporairement privé de père, Poil de Carotte est acculé à l'orphelinat mental, dès l'instant où la mère n'assume pas la garde dont elle réclame le droit par pure politique de division. Ici, la défense de sortir avec M. Lepic ressemble à une brève querelle d'époux divorcés. Autant qu'il est avorté-vivant, Poil de Carotte est l'enfant d'un divorce en plein mariage continué. Non pas un ménage monoparental, mais un ménage nullo-parental, dans lequel Mme Lepic, prêtant verbalement à son mari ses intentions à elle (16), ramène à zéro le compteur de la paternité, pour quelques heures.

Il est également interdit de jouer au mariage avec la petite Mathilde. La mère de Mathilde n'apprécie pas davantage cette pantomime (17), mais on peut supposer qu'il y a là un effet de l'endoctrinement auquel Mme Lepic a pu procéder en direction d'une femme pauvre à qui elle en impose. Les motifs sont passés sous silence. La disparité des fortunes (18) peut en constituer un, dans la mesure où les promesses matrimoniales, fussent-elles toutes ludiques, induisent une dérogation à l'ordre social établi. Craint-on, par surcroît, des attouchements déplacés ? Félix ne dédaignerait point d'en susciter, et Poil de Carotte n'y est pas opposé. L'essentiel est sans doute de nature plus intime. Poil de Carotte, jouant au mariage, déjoue sa mère jouant au divorce ; il proclame l'intransitivité de l'échec matrimonial, et affirme son intérêt pour une obéissance féminine extérieure au sang materno-sororal. Aussi est-ce Ernestine qui, moins douce qu'à l'ordinaire, s'en va dénoncer les amoureux dont Félix, lui, conduit la noce en toute impunité (19).

(14) "Coup de théâtre", I, 742.

(15) "Les Lepic père et mère se tournent le dos", précise une didascalie (I, 742).

(16) "Ce n'est pas ta mère qui te tourmenterait avec cette cruauté" (I, 742).

(17) "Mathilde", I, 736. En ce qui concerne le consentement au mariage des enfants mineurs par les parents, l'article 148 C.C. opère une distinction comparable à celle que 373 C.C. met en œuvre pour l'autorité : le consentement des "père et mère" est requis, mais "en cas de dissentiment, le consentement du père suffit". La mère ne peut former opposition au mariage concurremment avec le père avant la loi du 9 août 1919, et l'égalité véritable des parents ne sera consacrée que par la loi du 17 juillet 1927 (article 140 actuel). On remarquera toutefois qu'en l'espèce, si l'on prenait le jeu plus au sérieux encore que ne fait Mme Lepic, on se trouverait dans le cas d'application de l'article 144 C.C., qui interdit le mariage aux mineurs de 18 et 15 ans. Par conséquent, la mère aurait le droit d'agir en nullité de mariage (articles 182 et 184 C.C.), non qu'on lui confère la moindre "puissance", mais parce que c'est de droit commun.

(18) "Le coffre-fort" (I, 737) : "Je pourrais te mépriser, parce que tu es pauvre et que je suis riche, mais n'aie pas peur, je t'estime".

(19) D'autres qu'Ernestine sont les bienvenus, pourvu qu'ils dénoncent : ainsi Pierre, le domestique du château (I, 738) ou Poil de Carotte lui-même (I, 771, "L'Album" XXX), quand il surveille les

Autant l'article 144 du Code civil risque peu ici d'être malmené, autant Mme Lepic met de vigueur à le faire respecter. Prenant le jeu au sérieux, elle le déludifie, tout en confisquant à son profit le bénéfice de la gravité : la branche d'épines qui cinglera les mollets transforme la couronne christique en glaive de la loi, et Mme Lepic identifie son prurit de néantisation à une prophylaxie quasi juridique (20). Sa névrose anti-familiale, anti-sociale, peut une fois encore se donner toutes les apparences de la respectabilité, puisque des simulacres infrasociaux sont tenus en respect comme asociaux. Mathilde, pour finir, "tremblante, pleure comme une veuve, avec des hoquets" (21). Les noces de sang font de Poil de Carotte le mari prématuré d'une fillette dont le veuvage commence de son vivant même, jusqu'à la prochaine fois. Chez les Lepic, la confiance mise à part, rien n'est jamais fini.

Qu'en est-il de la délation ? On sait, pour avoir vu Ernestine faire la rapporteuse, que l'information perverse n'est pas absente des relations familiales - quoi de plus banal, au fait ? Un peu plus loin, Pierre promet à Poil de Carotte de dire à sa mère quelques mots sur un jeu libidineux auquel il a convié Mathilde - d'ailleurs sans succès. Sans doute Mme Lepic réserve-t-elle le meilleur accueil à toute trahison dont Poil de Carotte serait la victime, mais l'essentiel n'est pas là. Si l'on y regarde d'assez près, on s'aperçoit qu'elle est tout aussi friande de prises à témoins que d'appels à témoins : le drame familial ne se joue pas à huis clos, il y faut des spectateurs. C'est déjà sensible avec "La timbale" (22), clair avec "Les poux" (23), on ne peut plus patent dans "Le chat" (24) et "Le pot" (25). La famille, les voisins, sont ameutés pour contempler les fèces de Poil de Carotte (26), ipso facto convaincu de malpropreté pathologique, mieux : de bestialité. Mme Lepic, qui l'avait privé de pot de chambre et enfermé à double tour pour la nuit, remet l'objet prestement en place au matin, pour mieux se scandaliser du désastre. Elle a le mot qui convient : "Te voilà donc dénaturé" (27), eu égard et au besoin, dit "naturel", et au sentiment "de nature" qui bientôt ne liera plus le fils à sa mère (28). Elle atteste même qui de foi : "Dieu m'est témoin" (29), signe d'une opiniâtreté dans la stratégie de l'invocation. L'appel à une assistance plus ou moins extérieure à la famille, plus ou moins extérieure à l'humanité, traduit le profond besoin qu'éprouve Mme Lepic de donner à la vision qu'elle a de son fils un statut d'objectivité qui, déjà, ressemble fort à un embryon de juridicité (30). C'est le constat : Poil de Carotte est saisi, dans

---

promenades d'Ernestine et du fiancé. Mais il s'agit là de police d'adultes, effectuée au besoin à l'aide d'indicateurs juvéniles, et non d'une hypothèse de trahison familiale, d'une sorte d'insulte faite aux femmes de la famille.

(20) On appréciera la justesse de la formule : "Elle arrive droit" (I, 736).

(21) Ibidem.

(22) I, 679.

(23) I, 715.

(24) I, 725.

(25) I, 670.

(26) Ou encore (I, 759), pour contempler son attitude de révolte, qui n'en est pas si éloignée dans la culture ordurière dont Renard ne fait, bien entendu, pas usage.

(27) I, 670.

(28) I, 760.

(29) I, 670. Dieu échoit à la seule Mme Lepic, comme on verra dans *La Bigote*. Mais Duvivier met dans la bouche de Poil de Carotte la prière suivante : "Dieu, si vous êtes un chic type, faites que demain ma mère, Mme Lepic, m'oublie. Ainsi soit-il".

(30) L'une des formes privilégiées de la vie familiale telle que la désire profondément Mme Lepic est le tribunal permanent, où la punition est d'autant mieux entérinée que la mise en procès est plus spectaculaire. Il ne suffit pas d'être puni, il faut se savoir vu tel, c'est la "confusion" tant recherchée ("Les poux" I, 715) dans laquelle on peut lire, outre la gêne du réprouvé, sa dilution sous le regard confondant des autres, qui le transforme en spectacle consommable. Dès lors, il n'y a plus de recours auprès d'autrui : Poil de Carotte devra trouver en lui-même les ressources de sa libération, ou intérioriser à jamais l'étouffoir. On n'hésitera pas à mettre cette procédure tout officieuse en rapport avec la tentative d'institution des tribunaux de famille par le Droit révolutionnaire, en remarquant que

son état maternogène, c'est-à-dire tel que sa mère le ré-enfante en lui déniait le droit à l'enfance, par l'insistance sur son infériorité vis-à-vis de Félix et d'Ernestine. Autant dire qu'il ne peut pas grandir, et que l'enfant qu'il est doit apparaître comme ne recelant aucune maturité virtuelle. Il tend donc vers la bête - qui accepte les coups - plus que vers l'homme, qui les esquivent, les refuse, les contourne. Enfant-chien, enfant-loup, ou plutôt enfant-renard, il se voit désigner une place éternellement excentrée par rapport au monde que ses frères et sœurs, à l'inverse de lui, découvrent progressivement à coups de licences et de franchises privées (31). L'irruption des témoins n'a pas d'autre sens, alors, qu'une adroite convocation d'un inexpugnable, d'un inatteignable chœur des citoyens, avec "maman" pour coryphée. Elle établit le pont nécessaire entre la subtilisation régulière de tel ou tel droit, et l'exclusion du Droit.

Mme Lepic serait-elle complète si elle n'était, au surplus, tentatrice ? Elle teste, elle tâte : du pouce et de l'index, elle pince Poil de Carotte quand ils dorment ensemble (32), et qu'il ronfle, ou tel aveugle importun, "afin de se venger un peu", quand elle le met à la porte (33). Mère fallacieuse, elle précipite le châtiment à la suite de la faute, voire la faute elle-même, si elle tarde à venir. Poil de Carotte s'apprête à être battu dans "Mathilde" (34), dans "Coup de théâtre" (35), dans "L'album" (36). Il l'est pour de bon dans "La pièce d'argent" (37), et encore dans "L'album" (38). Mme Lepic l'abreuve d'une soupe aux excréments dans "Sauf votre respect", lui confisque un jouet attendu dans "La trompette", lui interdit d'aller aux têtards (39) ou d'accompagner son père (40). Mis à part la soupe infecte, ou plutôt infectée par la révélation finale, car la chose est imperceptible, on ne peut parler de pratiques dégradantes ; en fait, tout tient dans les circonstances de l'action punitive, soit dans la proportionnalité du délit et de la peine. Ici, il faut distinguer entre délit authentique, ou tout au moins écart par rapport à une norme antérieurement signifiée, et situation délictuelle artificiellement créée. Un manquement aux habitudes de propreté, un jeu défendu, sont les seuls abus dont Poil de Carotte se rende vraiment coupable de lui-même. S'il lui arrive de commettre des actes plus graves, c'est tout seul, sans risque avéré : ils sont hors du champ maternel. D'où une double constatation : la peine est excessive, et son atrocité est renforcée par

---

les femmes n'étaient pas autorisées à figurer parmi les quatre arbitres prévus, et que les risques qu'ils faisaient courir à la dignité paternelle n'ont pas été pour rien dans la mise en place, par les rédacteurs du Code civil, d'une forteresse appelée "puissance paternelle". On consultera, in *La famille, la loi, l'État. De la Révolution au Code civil* (textes réunis par I. Théry et Ch. Biet, Paris, Éd. du Centre Pompidou/Impr. Nationale, 1989, 534 p.) les articles de J. Commaille, "Les formes de justice comme mode de régulation de la famille : questions sociologiques posées par les tribunaux de famille sous la Révolution française" (p. 274/291) et de J.-L. Halpérin, "La composition des tribunaux de famille sous la Révolution ou "les juristes, comment s'en débarrasser ?"" (p. 292/304). Mme Lepic paraît bien ici avoir recours à une pratique compensatoire : en faisant office de procureur général devant un tribunal improvisé, elle s'enivre d'une "puissance" d'autant plus indiscrete qu'elle est moins reconnue par les lois. (31) Si bien que le "Droit commun" des enfants Lepic finit par n'être plus qu'une référence commode, un souvenir, un archivage de l'autorité passée. En réalité, tout est exorbitant, de ce qui regarde Ernestine et Félix, et Poil de Carotte est le seul assujéti à des règles complètement fluctuantes elles-mêmes. Non seulement la légalité lepicquienne est, comme toutes celles du même type, un "simili-Droit", mais elle est d'application inégalitaire et, au surplus, irrégulière.

(32) "Le cauchemar", I, 666.

(33) "L'aveugle", I, 699.

(34) Avec une branche d'épine : Mme Lepic a lu l'Évangile (I, 736). Voir ci-dessous, note 48.

(35) I, 741.

(36) "Mme Lepic ne supporte pas qu'une autre qu'elle touche à Poil de Carotte", mais elle ne manque pas de se faire le bras séculier de n'importe qui (I, 767).

(37) "La première gifle tombe" (I, 753).

(38) I, 769.

(39) "Les têtards", I, 740.

(40) "Coup de théâtre", I, 741.

l'effet de retour dans lequel elle paraît se cantonner - Poil de Carotte a fait dans ses draps, il remangera un peu de son débordement. "Oh, très peu" (41) : on a la bonté de lui faire grâce du reste. Mme Lepic pratique un talion ingestif homéopathique, trop fréquent semble-t-il pour provoquer le vomissement probablement escompté, qui, lui, réitérerait la faute, donc la peine, à l'infini. Poil de Carotte est mithridatisé contre une telle nausée, il ravale à la fois sa qualité de victime et ses matières ignobles.

Mais Mme Lepic ne peut tout surveiller, ce qui crée simultanément une zone de liberté, fruit empoisonné de la dissimulation et du mensonge, ainsi qu'un surpoussissement de cette liberté, puisque sa mise à mal est toujours possible en un instant. La machination, elle, n'a pas toujours le caractère délibéré, quasi ordalique, qu'on lui voit dans "Le pot" (42). Elle peut prendre l'aspect d'une vérification d'âme, à défaut d'être une enquête sur des faits réels. Mme Lepic met alors en œuvre une inquisition renversée qui, au lieu de rechercher une intention à partir de l'acte certain, recherche l'acte à partir d'une intention supposée. Voilà le besoin de châtier créateur de délit. "Qu'est-ce que je veux, moi ? Éviter les calottes" (43). Mieux vaut alors endurer la prison, volontaire ou non, au fond d'un placard (44), ou laisser "venir l'ennui, et la punition s'appliquer d'elle-même" (45). Car tel est bien le fond de toute la politique répressive de Mme Lepic : l'ennui à perte de vue, comme peine perpétuelle, avec le silence éternel de l'enfance interloquée, à l'image de la trompette confisquée sur un malentendu malin, pour cause de générosité verbale : elle "attend qui souffle, imprenable, invisible, muette, comme celle du Jugement Dernier" (46). La mère est la papesse d'une Église retournée, dont le rite procéderait d'un Jugement Premier, et qui couronnerait son fils de carottes (47), pour mieux le faire rentrer sous terre (48).

### 1.1.2. Règne paternel

M. Lepic n'est pas homme à s'en laisser conter : toutes ses reparties, sa capacité à être dur ou abrupt, sourd ou patient, attestent la maîtrise de soi. Ni faible, ni physiquement absent, il a pris, non la fuite, mais de la distance. Il y aurait donc abus, et contre-sens, à faire de lui le personnage maladroit et dominé qu'il n'est en aucune façon. M. Lepic doit répondre, tant moralement que légalement, de ce qui se fait sous son toit. À y regarder d'assez près, il n'est du reste pas épargné par l'écrivain, ce père qui chérit Poil de Carotte mais ne s'en occupe jamais, toujours courant la prétentaine "pour affaires" (49), qui, "hostile aux effusions, ne témoigne

(41) I, 666.

(42) Mme Lepic aime à confronter Poil de Carotte avec une exigence de miracle ; ainsi, dans "La pièce d'argent" (I, 750) : "Tu ne l'as plus ; remplace-la, trouve-la, fabrique-la, arrange-toi".

(43) I, 741. Poil de Carotte a une "laide figure à claques" ("L'hameçon", I, 749), et il est permis d'explicitier le contrepèdre qui ferait de cette tête à gifles une "poire de calottes".

(44) I, 742.

(45) I, 741.

(46) "La trompette", I, 682.

(47) En 1946, paraît une traduction anglaise sous le titre *Carrots* par G. W. Stonier et, en 1948, à la Grey Walls Press, elle est illustrée par F. Uhlman ; pour la pièce, le titre *Carrots* avait été adopté, dès 1904, dans la traduction A. Sutro.

(48) La figure de Poil de Carotte n'est pas sans affinités avec celle du Christ. Ici, Mme Lepic vient l'arrêter, sous son habit de clématites, comme au Mont des Oliviers : Ernestine-Judas l'a trahi, la flagellation est imminente. Là, c'est M. Lepic qui, pour le consoler des clous dont il souffre, lui écrit : "Jésus-Christ en avait aux pieds et aux mains, il ne se plaignait pas, et pour autant les siens étaient vrais" (I, 719). Dans "Les poux", où il saigne du cuir chevelu, Mme Lepic l'appelle "martyr volontaire" (I, 715).

(49) "Coup de théâtre, I, 741.

sa joie de revoir [son fils] qu'en le taquinant" (50), ou qui suit l'épouillage de son puniné, "les mains derrière le dos" comme un étranger curieux" (51). S'étonnera-t-on, alors, de ce que M. Lepic refuse des livres à Poil de Carotte (52), ou s'avère incapable de distinguer entre ses vers et sa prose (53) ? Le bourgeois du XIX<sup>ème</sup> siècle, même campagnard, cousine avec MM. Jourdain et Prudhomme, nourri qu'il est, fût-ce sans le savoir, de Béranger et du Larousse du XIX<sup>ème</sup> siècle. La crainte, le dégoût, le refus en tout cas de communiquer avec sa femme (54) conduisent d'ailleurs M. Lepic à utiliser les services de Poil de Carotte, qui "sert de trait d'union entre son père et sa mère" (55), sans en retirer autre chose qu'une réflexion désagréable : à l'enfant, le trait de désunion. À M. Lepic (56) comme à Mme Lepic (57), Poil de Carotte jure définitivement, "de sa voix intérieure", qu'il "ne [les] aime pas mieux l'un que l'autre" (58). Sous cette parité qui pourrait n'être que très formelle, ou tout au moins induite par la conjoncture d'un dialogue toujours difficile, il y a des couches profondes où s'enracine la responsabilité paternelle. En voici deux.

En premier lieu était le nom de Lepic, le patronyme. Sans doute n'a-t-on pas à répondre de son nom, mais il reste qu'on y répond. L'être de fiction, au surplus, ne tient jamais sa dénomination du hasard : il est ce premier phoronyme, à qui le nom va comme un gant. Avant d'en dire davantage, remarquons que M. Lepic, en tant que pôle diffuseur du patronyme, couvre, en vertu de l'usage, l'état-civil de sa femme, et transmet légalement son nom à ses enfants. Si l'on se reporte aux étymologies que Renard pouvait aisément se procurer, à savoir celles du Larousse (59), on trouve aux origines de "pic" une nébuleuse de notions négatives : amertume, aigreur, méchanceté, cruauté. "Une racine "pik" avec le sens de blesser, piler, broyer, et en général nuire, peut s'inférer de tout un groupe de termes semblables, éparés dans les langues aryennes" (60). Bien français et passe-partout, le nom de Lepic est déjà une lucarne sur l'enfer. Mme Lepic n'a-t-elle pas le regard "aigu et brûlant comme une pointe rouge" (61) ? On peut en outre soupçonner une contamination baudelairienne : Aupick, parâtre que la tradition littéraire a fait sinistre, se profile peut-être à l'horizon d'une enfance assez malheureuse pour être une enfance d'écrivain. D'une plume à l'autre, voici l'oiseau pourchasseur d'insectes, infatigable, entêté, comme sont et Mme Lepic à saisir Poil de Carotte sur un fait punissable, et M. Lepic à traquer le gibier (62). Enfin, le pic est un outil. Là, point de science à l'arrière-plan, mais un instrument univoque, l'équivalent de cette pioche qui ouvrira le front de Poil de Carotte, arrachant au père un commentaire laconique : "Tu t'es joliment fait moucher" (63). Outil à creuser, faiseur d'excavations, le pic draine avec lui un fantôme récurrent de tout ce livre : le trou dans la terre, le trou et la terre. Contentons-nous d'un panoramique.

---

(50) "Les poux", I, 713.

(51) *Ibidem*, I, 714.

(52) "Lettres choisies", I, 721.

(53) *Ibidem*, I, 722.

(54) "La mie de pain", I, 681.

(55) "L'Album", XXVI, I, 770.

(56) "Le jour de l'an" I, 700 : "Tu aimes mieux ta mère que moi".

(57) "L'Album" XVII, I, 768 : "Tu aimes mieux ton père que moi".

(58) *Ibidem*.

(59) Voir X..., *roman impromptu* (1895), I, 876 : "X..., qui reprenait sa bonne humeur en lisant le Larousse".

(60) V° "pic", t. 12 (1874), p. 934 D.

(61) "La révolte", I, 759.

(62) "En chasse", I, 742.

(63) "La pioche", I, 672, et "Parrain", I, 730.

Dès le premier texte, Poil de Carotte craint de rencontrer des renards, bêtes à terrier, en allant fermer les poules ; il se précipite au juger, afin de "trouver l'ombre" (64) ; on le voit aller par un "long corridor noir" (65) vérifier si personne ne rôde autour de la maison. Dans le grand lit qu'il partage avec Mme Lepic, quelquefois, il est "à côté de sa mère, au fond" (66) ; il se sert de latrines à lui-même (67) ; il néglige d'aller jusqu'au "fossé de la rue" (68) et, quand il se soulage dans la cheminée, tube d'ombre où le tube digestif s'apaise, "le noir de la chambre s'épaissit" (69). Les lapins, "dans l'ombre fraîche", autres bêtes fouisseuses, partagent avec lui des restes de melon (70). La pioche de grand frère Félix lui rentre dans le front "comme dans du beurre" (71). M. Lepic aime souiller son pantalon de terre labourée (72). Une taupe sert de jouet à Poil de Carotte et, quand les deux frères jouent dans la luzerne, "accoudés, ils suivent du regard les galeries soufflées que creusent les taupes et qui zigzaguent à fleur de sol" (73), tandis qu'après le bain, il subsiste aux chevilles de Poil de Carotte des traces suspectes, en quoi son père voit de la crasse, et lui-même "de la terre" (74). Honorine est, aux dires de Mme Lepic, "capable de [les] enterrer tous" (75) et, le jour où elle lance son seau d'eau dans la cheminée, elle croit voir sortir "le diable de dessous terre" (76), cependant que Poil de Carotte, à deux doigts de révéler son rôle trouble, "rentre en lui-même" (77). "C'est moi qui vais à la cave" (78), dit Poil de Carotte à Agathe, et c'est encore lui qui "arrache les herbes qu'il faut connaître, dont [il] secoue la terre sur [son] pied pour reboucher leur trou" (79). L'aveugle en visite "ramone sa nuit" (80), tandis que "dans l'âme de lièvre" de Poil de Carotte terré contre un tas de poussière au fin fond d'une cabane, "il fait noir" (81). À la pêche avec son parrain, Poil de Carotte taquine le goujon, "entre dans la rivière et, avec ses pieds, agite le fond sablonneux pour faire de l'eau trouble" (82). La nuit, il s'en va capturer des vers de terre (83). Comme tous les enfants de son entourage, Poil de Carotte sait "rester digne aux enterrements" (84). M. Lepic, chasseur impénitent, n'hésite pas à "piétiner le champ, sillon par sillon, motte à motte" (85). Fusillant une caille à bout portant, Poil de Carotte "rentr(e) dans la terre la boulette grise" (86). Quand Mme Lepic se blesse cruellement à un hameçon qui traînait sur la personne de Poil de Carotte, "sœur Ernestine propose d'aller l'encrotter loin au bout du jardin, dans un trou, et de piétiner la terre" (87). Lorsque Poil de Carotte veut feindre de retrouver sa pièce

---

(64) I, 662.

(65) "C'est le chien", I, 664.

(66) "Le cauchemar", I, 666.

(67) "Le pot", I, 667.

(68) "Sauf votre respect", I, 668.

(69) Ibidem, 669.

(70) "Les lapins", I, 671.

(71) "La pioche", I, 672.

(72) "La carabine", I, 673 et "Le programme", I, 697.

(73) "La luzerne", I, 678.

(74) "Le bain", I, 687.

(75) "Honorine", I, 689.

(76) "La marmite", I, 691.

(77) "Réucence", I, 693.

(78) "Le programme", I, 695.

(79) Ibidem, I, 696.

(80) "L'aveugle", I, 699.

(81) "Le toiton", I, 724.

(82) "Parrain", I, 730.

(83) "Les prunes", I, 733.

(84) "Mathilde", I, 734.

(85) "En chasse", I, 743.

(86) "La première bécasse", I, 746.

(87) "L'hameçon", I, 749.

d'argent "perdue" il enfonce en terre "d'un coup de talon" (88), une autre pièce subtilisée à Mme Lepic. L'été, Poil de Carotte dort dans "la chambre de la cave" (89). Enfin, il "a le nez creusé en taupinière" (90). Faut-il ajouter que la carotte est, par excellence, le légume du trou dans la terre, puisqu'on a donné son nom à un échantillon de forage ? Pour désobligeant qu'il soit, ou réaliste, le surnom dont on affuble le cadet et dont tous usent et abusent (91), est directement engagé par le nom de famille : Lepic, c'est la condition de la perforation, Poil de Carotte, c'est l'appendice du perforant.

M. Lepic est fort chasseur : à lui le feu explosif et itinérant qui le délie du constant foyer inferno-domestique dont Mme Lepic est la Vestale en chef. La chasse autorise bien des absences et bien des silences. Pendant les vacances, elle est le moyen d'être à ses affaires toutes affaires cessantes. Enfin, elle rentabilise l'excursion, car "les promenades pour le plaisir coûtent cher" (92). D'autre part, un gibier servi à bon escient peut toujours servir les intérêts de la famille (93). Trois textes montrent M. Lepic à la chasse, trois autres font allusion à sa passion (94). Ce bourgeois plutôt tranquille est du reste habitué aux évasions : ce sont les nécessités économiques (95), le prétexte du Journal (96), ou même le bain de pieds de ses fils, pendant lequel "il se promène, selon sa coutume, d'une fenêtre à l'autre" (97). Décidément, la vie domestique n'est supportable qu'au prix de digressions et de transgressions. Au surplus, il y a l'arme, l'instrument viril et détonant auquel les fils sont progressivement initiés : avant le fusil de chasse, la carabine ; avant celle-ci, un hypothétique pistolet et une trompette confisquée qui, de ce fait, n'a d'ailleurs pas plus de réalité. Tous ces objets ont en commun leur nature tubulaire, ils sont troués, ils font des trous, dans la chair, l'air, le silence. Ils font du trou non un cul-de-sac où enfouir la honte d'exister, mais l'orifice d'une sortie tonitruante. Faut-il rentrer ou sortir, se cacher ou s'affirmer ? Le père cynégétique apprend au fils à faire le mâle, à brandir sa gloire, mais loin de sa femme - c'est tout le problème. Ainsi apprend-on, de père en fils, à trouer, à faire le vide devant soi (98), à confondre l'affaissement du voisinage avec la proclamation de sa propre plénitude. Le règne paternel se concrétise partiellement dans un sceptre creux et que l'odeur de poudre ne parvient pas à remplir (99). Certes, le grand air est le contraire du trou, mais que

(88) "La pièce d'argent", I, 752.

(89) "Les idées personnelles", I, 754.

(90) "L'Album", III, I, 764.

(91) "Pourquoi l'appellez-vous Poil de Carotte ? À cause de ses cheveux jaunes ? - Son âme est encore plus jaune", dit Mme Lepic ("L'Album" II, I, 764). "Non, ne m'appellez plus monsieur, appelez-moi Poil de Carotte, comme tout le monde. C'est moins long que M. Lepic fils" ("Le programme", I, 697 : Poil de Carotte s'adresse à Agathe, la nouvelle bonne. On remarque comment il exclut l'usage d'un prénom, qui peut-être aurait l'air trop enfantin et le mettrait sur le même pied que ses frère et sœur. La prétention à l'état d'adulte est un trait constant du caractère de Poil de Carotte, et faute d'y pouvoir accéder tout de suite, il préfère s'en tenir à un état de dénomination très inférieur, mais original - à un nom de guerre, puisqu'on est "au feu". Le Poil de Carotte de la pièce, heureux de retrouver son prénom, François, aura évolué. Mais surnom ou prénom, l'appellation demeure très chthonienne : terre à légumes, terre de France. À l'Institution Saint-Marc, Poil de Carotte n'est pas connu sous un autre nom, mais il a Félix pour camarade, ce qui peut expliquer la diffusion du surnom ("Les joues rouges", I, 703 et 707). Chez Duvivier, on entend ceci : "C'est pas un nom de chrétien".

(92) "Le mot de la fin", I, 762.

(93) "Lettres choisies", I, 720.

(94) "Les perdrix", "La carabine", "Le programme", "Lettres choisies", "Coup de théâtre", "Les idées personnelles".

(95) "Le mot de la fin", I, 761 : "Je suis obligé de voyager".

(96) "C'est le chien", "L'aveugle".

(97) "Les poux", I, 713.

(98) "La timbale", I, 679 : "Si tu te trouves seul, égaré dans un désert", dit M. Lepic.

(99) Sans doute, le père est pyrophore, mais par éclats. L'explosion ne chauffe pas, surtout quand elle s'exerce dans un domaine ludique. Le père est un Prométhée dégradé, et on le sait. Son chien s'appelle

gagne-t-on vraiment à remplacer le confinement par le vide (100) ? L'homme Lepic vit à l'emporte-pièce.

Un autre objet concrétise la domination générale, planante et périphérique de M. Lepic : le coffre-fort (101). On parle volontiers d'argent dans *Poil de Carotte* : "Tu deviens économique", dit Mme Lepic à son cadet qui n'a pas soif (102), et on la retrouve qui explique au chien "le prix des légumes" ou "la difficulté, par le temps qui court, de nourrir avec peu d'argent six personnes et une bête" (103), tandis qu'elle évoque, devant Honorine, le "surcroît de dépense" (104) qu'entraînerait le recrutement d'une seconde bonne. Quand Poil de Carotte vend "les vieilles feuillettes", ou "les peaux de lièvres" pour ses "petits bénéfiques", l'argent retourne "à maman" (105). En revanche, c'est M. Lepic qui fait à l'aveugle l'aumône de dix sous (106), fait miroiter une autre pièce de dix sous "toute neuve" devant Poil de Carotte (107), refuse l'achat de livres (108), consent "de grands sacrifices" (109) pour l'éducation de son fils, et, surtout, tient le coffre-fort. Poil de Carotte, qui dit quelque part "une pièce de plus ou de moins..." (110), voit traîner assez de monnaie pour se renforcer dans l'idée que la fortune familiale est inépuisable. "Je suis riche", "mes parents ont au moins un million", "les millionnaires ne peuvent jamais dépenser tout leur argent", même si "chacun se plaint pour qu'on le plaigne" (111). Il prétend, devant Mathilde, être avec M. Lepic le seul à connaître le mot de passe que requiert l'ouverture du coffre-fort. Alors, "Papa y prend de l'argent et va le déposer sur la table de la cuisine. Il ne dit rien, il fait seulement sonner les pièces afin que maman, occupée au fourneau, soit avertie. Papa sort, maman se retourne et ramasse vite l'argent". Des espèces de cet argent surgissent de la table à ouvrage (112), s'enfouissent dans la tirelire d'Ernestine, ou fondent dans les doigts de grand frère Félix (113). Tandis que Mme Lepic procède aux dépenses ménagères, M. Lepic conserve donc la haute main sur le mouvement général des biens patrimoniaux. En quoi consistent-ils ? À quel régime sont-ils soumis ? Comment l'argent rentre-t-il ? Mystère. Le lecteur n'en saura jamais plus que Poil de Carotte. Une seule certitude : M. Lepic paraît ne devoir de comptes à personne, et il a choisi, à l'inverse de sa femme, de s'en tenir aux termes du Droit plutôt que de se conformer à la coutume, ou la créer. "Bon père de famille"

Pyrame, nom fortement igné : "race de chiens, du groupe des épagneuls, caractérisé surtout par une robe couleur noire avec des taches de feu", Larousse, v<sup>o</sup> "pyrame", t. 13 (1875), p. 446 C.

(100) On retrouve cette idée dans l'admonestation paternelle : "Je te préviens, tu ne seras jamais plus heureux que maintenant, jamais, jamais" ("Le mot de la fin", I, 762). Mme Lepic dit ailleurs ("La pièce d'argent", I, 752) : "Amuse-toi, tu ne t'amuseras jamais plus jeune". La vie d'adulte, la chasse, voilà le désert où l'on est toujours bredouille de ses rêves.

(101) C'est là qu'est la vraie chambre de M. Lepic, si toutefois ce coffre-fort existe ailleurs que dans les discours fantasmatiques de Poil de Carotte. Au père la combinaison, au fils la confusion : voilà le conflit des générations.

(102) "La timbale", I, 679.

(103) "La mie de pain", I, 681.

(104) "Honorine", I, 689.

(105) "Le programme", I, 696.

(106) I, 697/698.

(107) "Le jour de l'an", I, 700.

(108) "Lettres choisies", I, 721 : "Écrits des livres, tu les liras ensuite". Poil de Carotte, après avoir dit que tous les livres "se valent", demande néanmoins *La Henriade* et *La Nouvelle Héloïse* - Panthéon littéraire très ciblé, donc. M. Lepic, en bon démocrate de son temps, estime que tous les hommes se valent, à condition de le vouloir. Ce qu'ont fait Voltaire et Rousseau, que la vulgate républicaine présente comme des pères de l'égalité, son fils peut le faire.

(109) "Le mot de la fin", I, 762.

(110) "La pièce d'argent", I, 750.

(111) "Le coffre-fort", I, 737.

(112) "La pièce d'argent", I, 751. Ouvrage qui ne rapporte rien, mais évite la dépense d'une couturière - c'est une sorte d'infra-bas de laine.

(113) *Ibidem*, I, 753.

n'équivaut pas à ce que Poil de Carotte désigne du terme de "bon papa". Ici, la paternité est retenue, campe sur sa source, comme un geste qu'on regretterait d'avoir esquissé, et l'exercice de l'autorité est supplanté par un vide que les abus maternels n'occupent pas, mais rendent plus criant encore. S'il est, dit Poil de Carotte, capable d'administrer quelques claques (114) ou d'invoquer la puissance paternelle à travers l'évocation de son propre père (115), M. Lepic se cantonne dans le rôle d'un père à éclipses : il abandonne, pendant ses nombreuses absences, y compris celles qui se font "in praesentia", la continuité paternelle à la pure juridicité, tout comme un roi qui règne même pendant son sommeil, même pendant qu'il fait le fou (116). Faut-il plaindre Poil de Carotte de ce que le Droit n'en demande pas davantage, ou au contraire se réjouir de ce qu'il assure la permanence parentale, alors même qu'on est fondé à désespérer du géniteur ? Rapporté à ce micro-drame de fiction, la puissance paternelle possède toutes les ambiguïtés d'une régence, à savoir ce qui empêche la vacance - les vacances ? - de devenir vacuité.

## 1.2. FILS DE QUELQU'UN

Nul n'est l'enfant de ses propres œuvres, et Poil de Carotte est un Lepic bon teint. C'est par pure commodité, ou soi-disant telle, qu'il renonce à se faire appeler "M. Lepic fils" (117). Être, comme les autres, un Lepic, implique-t-il qu'on est un Lepic comme les autres ? D'évidence, Poil de Carotte n'est pas traité à l'égal de ses frère et sœur. La dissemblance entre eux et lui nous reconduit à une difficulté touchant la ressemblance. Primo, jamais aucun écho de visage à visage ou de caractère à caractère ne vient renforcer la certitude d'une parenté entre les trois enfants Lepic : ils pourraient aussi bien être tous adoptés ou frères et sœur de lait. Secundo, ni grand frère Félix ni sœur Ernestine ne sont jamais désignés comme les évocations rajunies de l'un ou l'autre de leurs parents - du moins dans *Poil de Carotte*, pièce ou livre. Cet honneur est réservé au fils cadet par Mme Lepic seule, et à son seul bénéficiaire, si l'on peut dire. Pour autant, la question de la ressemblance entre Poil de Carotte et son père n'est pas vidée. Elle est seulement posée différemment, au-delà même du non-dit en quoi elle paraît s'absorber. Tout se lie, s'allie, se délie, entre projection et reconnaissance, affirmation orale et dénégation muette, entre les multiples démentis qu'opposent, à chaque revendication univoque, le fait de maternité et le droit à la maternité, le fait de paternité et le droit à la paternité, le fait de la filiation et le droit à l'individuation.

### 1.2.1. Le portrait de sa mère

Un axiome : Mme Lepic aime Poil de Carotte. "Mon petit Poil de Carotte chéri, je t'en prie, tu serais bien mignon" (118) : voilà pour un jour de lunaison favorable. "Ah ! sur le moment, je l'aurais tué, si je ne l'aimais tant" (119) : voilà pour un jour d'accident. "Personne ne m'aimera jamais, moi !" Au même instant, Mme Lepic, qui n'est pas sourde, se dresse derrière le mur, un sourire aux lèvres,

(114) "Papa m'en donne moins que maman" [des calottes] ("Coup de théâtre", I, 741).

(115) "Les idées personnelles", I, 755.

(116) "M. Lepic, s'il est d'humeur gaie, ne dédaigne pas d'amuser lui-même ses enfants", comme Henri IV en famille ("La mie de pain", I, 680).

(117) Voir note 91.

(118) "La révolte" I, 758.

(119) "L'hameçon", I, 749.

terrible. Et Poil de Carotte ajoute, éperdu : "Excepté maman"" (120) : voilà pour les ultimes lignes du livre.

À l'ombre de la profession de foi maternante, Mme Lepic cultive le genre surgeo. Poil de Carotte lui ressemble, il est comme elle, à table en tout cas : "Il ne reste plus de melon pour toi, dit Mme Lepic ; d'ailleurs, tu es comme moi, tu ne l'aimes pas [...] En principe, il doit aimer seulement ce qu'aime sa mère" (121). Ou bien : "il se gonfle de riz, qu'il n'aime pas, pour flatter Mme Lepic qui, seule de la famille, l'aime beaucoup" (122). On peut formuler deux hypothèses : ou bien Mme Lepic sait pertinemment que Poil de Carotte aime le melon, le fromage, et non le riz, et elle trouve, pour l'en priver gratuitement, un motif indiscutable qui met dans la balance son intangible honneur de mère ; ou bien elle agit en toute sincérité abusive. La seconde solution paraît la plus cohérente, ne serait-ce que par élimination de la première : pour connaître les goûts authentiques de Poil de Carotte, il eût fallu que Mme Lepic leur laissât quelque chance de s'exprimer, ce qui n'est pas compatible avec sa tyrannie. De même, on peut supposer que si la réalité des préférences culinaires du benjamin avait été constatée par hasard, observation sagace ou expérience, l'écrivain en aurait averti le lecteur et n'aurait pas manqué de stigmatiser une fois encore la noirceur d'âme de Mme Lepic. En fait, le personnage n'aurait rien gagné en concentrant un peu plus de méchanceté, tandis que sa complexité et sa profondeur s'enrichissent grandement si on admet une projection authentique de Mme Lepic sur Poil de Carotte, lequel devient alors non seulement le vestige d'une copulation arrivée après que l'amour conjugal s'est éteint, mais encore l'objet d'un amour captateur déçu. Alors, la névrose de Mme Lepic prend sa vraie dimension : son dernier enfant est enfant du Droit seul, alors que les précédents étaient plus probablement ceux de l'amour avec estampillage juridique. "Mater est ea quam nuptiae demonstrant", aussi. Poil de Carotte est le produit d'un devoir conjugal dont le caractère pesant a justement été renforcé par la renonciation ultérieure à laquelle les Lepic semblent avoir consenti. On pouvait déjà s'"en" passer, puisque c'est ce qu'on a fait juste après. Poil de Carotte témoigne donc d'un entre-deux mal pensé, mal vécu, un entre-deux qui sépare deux états de l'entre-eux deux. Une naissance disjonctive a suivi deux naissances conjonctives, elle est donc, au surplus, minoritaire.

Mme Lepic, si l'on y prend garde, traite Poil de Carotte comme un micro-mari issu de sa chair, pris d'une côte à elle. Faisons un bref détour par une moitié d'adage juridique : "Boire, manger, coucher ensemble, c'est mariage ce me semble" (123). Les interdictions alimentaires montrent assez qu'il y a chez les Lepic une maladie du repas dont la description nosologie dégagerait des structures psychanalytiques bien connues. Même la chasse alimente la table, signe que tout revient au gouvernement maternel. Plusieurs scènes essentielles se jouent à table, ou pas très loin (124). Agathe, la nouvelle bonne, la "bonne" par excellence, d'après son prénom, assiste, silencieuse, au repas des maîtres, "déjà atteinte du mal de tous" (125). Si l'on récapitule les attitudes de Mme Lepic comprise comme mère nourricière, on voit que Poil de Carotte est alimenté par co-ingestion et ré-ingestion

(120) "L'Album", XXX, I, 771.

(121) "Les lapins", I, 670.

(122) "Agathe", I, 694.

(123) "Mais il faut que l'Église y passe", concluait l'adage.

(124) La nourriture intervient dans "Sauf votre respect", "Le pot", "les lapins", "La luzerne", "La timbale", "La mie de pain", "Honorine", "Agathe", "Le programme", "Parrain", "Les prunes", "La révolte", soit un quart des textes.

(125) "Agathe", I, 695.

(126). Le lit, maintenant. S'il vient des étrangers à la maison, Poil de Carotte dormira dans le lit de Mme Lepic, ce qui, soit dit en passant, prouve discrètement la séparation nocturne des corps des époux, au sein d'une chambre "glaciale même en août" (127). Comme il ronfle, Mme Lepic "lui entre deux ongles, jusqu'au sang, dans le plus gras d'une fesse" (128). Quand Poil de Carotte réveille d'un cri son père tout proche, Mme Lepic parlera du cauchemar - non pas "un" cauchemar, mais "le" cauchemar (129) - et lui chantonnera, "à la manière des nourrices, un air berceur qui semble indien" (130). Tous ces éléments coïncident de façon quasi merveilleuse : le ronflement, "topos" du petit défaut conjugal vite éprouvant, la fesse, région érotisée où s'appliquent les châtiments et où naissent les désirs, le sang, indice de filiation ombilico-généalogique, sang de roux au surplus, et de roux dont la tête saignera, tant sous la pioche (131) que sous les poux (132) ; la mauvaise excuse du mauvais rêve : Mme Lepic n'interprète pas les rêves, elle redessine la réalité selon un rêve dont la réalité cauchemardesque ne lui apparaît pas clairement, *Traumdeutung* à l'envers ; l'air indien - l'indianité revient ailleurs dans le livre (133) - qui installe dans le lit un état de nature ou de sauvagerie antérieur aux interdits et, pourquoi pas, à celui de l'inceste ? Tout cela à deux pas de M. Lepic endormi, tiré de son sommeil, ré-endormi, caution passive. Autant de lignes qui convergent et mettent en jeu les articles 144 à 147 et 161 du Code civil, que Mme Lepic ne connaît pas en tant que tels, mais dont elle a, comme tout le monde, intériorisé la substance. Renard peut alors placer deux fois, en un texte pourtant fort court, l'"à-côté de sa mère, au fond", où se ramasse la momification néo-matrimoniale du fils qu'il n'aurait point fallu faire, et que l'on supportera à la seule condition qu'il serve à défaire, par tous les moyens, le père avec lequel on l'a fait - et le défaire comme père, c'est s'en défaire comme mari, donc le supplanter. Puisque l'anti-mari ne peut ressembler à ce mari de père, il ressemblera à la mère : Mme Lepic se remarie avec elle-même, elle dépasse pratiquement la visée incestueuse dans l'auto-conjointure. Elle dévore son produit, mais pas délayé dans la soupe : dans les fantasmagories de tous les jours, dans le pain quotidien, dans "le pain de ménage". Poil de Carotte, coprophage et s'en doutant, fait "comme maman", sans le savoir non plus qu'elle. Au-delà de la mauvaise mère, ou plutôt de la mère détestable, on pressent la belle-mère abominable - Mathilde en sait quelque chose - et l'on retourne à la source biographique du personnage : Renard vengeant d'un livre les mesquineries dont sa mère abreuva sa femme.

---

(126) "Tout dépend de son appétit. Si elle a faim, je mange à ma faim. En se servant, elle me sert par-dessus le marché. Si elle a fini, j'ai fini aussi" ("Parrain", I, 730). Mme Lepic n'est pas comme la mauvaise mère brebis ("Les moutons", I, 727), elle ne prive pas son fils de nourriture, mais le traite comme elle-même. Notons que si la brebis est devenue méchante, c'est à la suite d'un mal de matrice (*ibidem*).

(127) Il fait plus froid dans la chambre conjugale ("Le cauchemar", I, 665) que dans celle dite de la cave, où la fraîcheur est agréable ("Les idées personnelles", I, 755).

(128) "Le cauchemar", I, 665/666.

(129) Toujours le même, puisque c'est la réalité de la proximité corporelle de la mère. Là, Mme Lepic ressemble à la brebis mauvaise vue chez le fermier Pajol ("Les moutons", I, 726/728), laquelle repousse son agneau parce qu'"elle a eu des couches dures" - "C'est chez les bêtes comme chez le monde, dit Pajol".

(130) *Ibidem*, I, 666.

(131) "La pioche", I, 672.

(132) "Les poux", I, 714.

(133) "La luzerne", I, 678 : "Les taupinières [...] forment un minuscule village de huttes dressées à la mode indienne". On peut déceler, au surplus, un complexe de déviances chromatiques : Peau-Rouge/"joues rouges"/cheveux jaunes (roux). En Indienne, Mme Lepic a l'air d'être la mère qu'il faut à son rouquin de fils, alors que l'indianité connote aussi la torture initiatique.

En outre, Poil de Carotte n'est pas une victime toujours sympathique. À son actif, il a le renvoi de deux employés, Honorine à la maison, Violone au collège, qui sont l'inverse l'un de l'autre, vieille femme simple et jeune homme précieux, paysanne et citadin, honneur et viol. Dans les deux cas, il est le jouet de sa passion, à l'instar de sa mère, et il se retrouve du bon côté du pouvoir, tout comme elle. La parenté est claire, entre le retrait du pot de chambre qui entraîne une défécation dans l'âtre vide, et la subtilisation de la marmite, qui fait vider le seau dans le feu. Placée, dans le livre, après "Le pot", "La marmite" rachète, en un sens, ce premier incident, et, en un autre, l'aggrave, réitérant aux dépens d'un tiers une situation qui jusqu'alors n'engageait que deux êtres trop liés. Est-ce une surprise, si la victime est une femme amortie par l'âge ? Au vrai, Mme Lepic s'efforce d'éliminer une grand-mère, de qui pourrait rayonner une structuration familiale ordinaire, rassurante. Honorine, elle, n'était pas contaminable par le mal des Lepic, à l'inverse d'Agathe, sa petite-fille. Dans le cas de Violone, il s'agit d'une déception sentimentale : le surveillant se comporte avec Marseau comme peut-être Poil de Carotte souhaiterait consciemment que M. Lepic se comporte avec lui. Inconsciemment, il y a appel au pédophile, besoin d'être désiré, et de l'être de manière trouble, faute de quoi il n'y aurait pas initiation. Or Violone préfère Marseau, dont le marqueur coloré - les joues rouges - fonctionne pour lui positivement, au rebours de la tignasse de Poil de Carotte, qui, alors, n'hésite pas à persécuter, et se comporte avec son camarade de dortoir comme Mme Lepic avec lui-même dans le lit. "Il zébrerait volontiers, haineusement, à coups d'ongles, et écorcerait comme des oranges les joues vermillonnées de Marseau [...] Il met en jeu toute son habileté de petit espion, simule un ronflement pour rire, [...], pousse un cri perçant comme s'il avait le cauchemar" (134), et traite de "pistolet" (135) son ennemi d'une nuit. Or on a appris par un autre texte, "La trompette", que le pistolet est l'objet que donnent aux enfants qui grandissent les pères sagaces, bref que c'est un cadeau de puberté. Pistolet pour jouer au pistolet-giton, il n'y a là que des pistolets approchant, imitation ou métaphore, la réalité de l'arme de poing. Notons ceci : Violone et Marseau prétendent, chacun de son côté, que leur attitude est aussi éloignée du détournement de mineur et de l'outrage à la pudeur (136) que peut l'être la possession et l'usage d'un pistolet pour enfant d'une infraction à la législation sur les armes (137). Poil de Carotte, jaloux, n'a de cesse que soit confisqué le pistolet de Violone, comme on lui a confisqué, à lui, sa trompette. Ce serait l'occasion de retoucher, quoiqu'à peine, une tirade de Mme Lepic : "Quand on aime les Violone, on ne dit pas qu'on n'aime pas les pistolets" (138).

Poil de Carotte, plus ou moins privé de patronyme, et rebaptisé, probablement à l'initiative de sa seule mère, laquelle l'affuble d'un pseudonyme aussi phallique qu'elle-même, s'égare, comme elle, entre deux sexes : le poil, la carotte, tout de même qu'il est la zone d'effondrement entre frère et sœur. Il porte seul, pour l'instant, le poids de la névrose maternelle, qui cherche désespérément sa propre reconduction. Mme Lepic vit la difficulté d'être femme et l'impossibilité d'être homme comme les deux côtés d'une pièce truquée. Poil de Carotte vit, de la même façon, l'impossibilité d'être fille et la difficulté d'être garçon : la réfrigération matrimoniale incite à la castration filiale (139). Et si Poil de Carotte n'est jamais

---

(134) I, 707.

(135) Ibidem, I, 707/709.

(136) Ibidem. "C'est ce que ce petit imbécile ne comprend pas", ajoute Violone (I, 708), utilisant la même insulte que Mme Lepic ("La pioche", I, 672).

(137) "La trompette", I, 682 : "L'âge lui est venu de renifler de la poudre et d'exterminer des choses".

(138) Ibidem.

(139) Jusqu'à quel point est-il "comme" sa mère ?

photographié c'est, par-delà le "trop vu", parce que sa mère recule devant toute objectivation, toute normalisation, de son apparence de petit mâle laid et ordinaire (140). Le fantôme d'androgyne s'accommode mal des arrêts sur image.

### 1.2.2. Le miroir de son père

Touchant Poil de Carotte, M. Lepic n'affirme rien qui laisse supposer une reconnaissance spéciale. "Je t'ai traité jusqu'ici comme ton frère et ta sœur, avec le soin de ne privilégier personne. Je continuerai" (141), dit-il vers la fin du livre, après l'explosion anti-maternelle. Mais tout un conglomérat d'attitudes vient démentir l'assertion, à commencer par la complicité finale dans le non-amour envers Mme Lepic, pour ne pas dire dans la détestation. Le point d'arrivée est trop brutal pour n'avoir pas été précédé de signes peut-être ténus, mais authentiques et cohérents. Comment Poil de Carotte rejoint-il son père sur la route qui, le dernier soir, les éloigne de la maison, "là-bas dans les ténèbres" (142) ? On remarquera deux étapes.

La première consiste en un partage équitable des marques d'affection que dispense M. Lepic. Par exemple, "M. Lepic emmène ses fils à la chasse alternativement" (143). Confrontée à l'iniquité, l'égalité de traitement est de nature à procurer une jouissance qui, subjectivement, tient presque du privilège. La paternité de M. Lepic s'exprime, vis-à-vis de ses garçons, selon les modalités assez maladroitement que lui suggère sa conception de l'égalité. Chacun son tour : c'est le maître-mot (144). M. Lepic ne parvient pas à être le papa de tout le monde à la fois. Sa tendresse est distribuée aux enfants comme l'eau d'arrosage par le tourniquet. Pour la continuité de l'action paternelle, il y a la loi. En pratique, il y a le calendrier. M. Lepic est un père alternatif. La séquence des disparitions/apparitions est rendue admissible par la vie affairée du personnage, qui n'a rien d'un père au foyer. Et ce père est si peu un mari que personne ne s'étonnera de sa présence trouée, toute mêlée des absences que crée sa présence autre part que chez lui. Forcément, la mécanique des éclipses connaît des ratés, si elle ne s'appuie pas sur un système de relais cohérent et fiable. D'une part, M. Lepic n'est "papa" - sauf visites à l'institution Saint-Marc - que lorsqu'il est mari "in situ". Le reste du temps, les deux qualités sont à l'état planant. D'autre part, la tendresse paternelle ne prend pas le même sens suivant qu'elle s'adresse à un fils que sa mère laisse tranquille ou à un enfant persécuté - ignorât-on, ou prétendit-on ignorer, la réalité de ladite persécution (145). M. Lepic met donc entre l'homme qu'il est et le papa qu'il figure un écran de dichotomies toutes réelles, crues à l'ombre de la paternité légale, et pour ainsi dire légalisées par elle. Si le père a une obligation d'éducation et de soins à l'endroit de ses enfants, les manquements mineurs à certains de ces devoirs sont, en revanche, minorés par le fait même qu'il est père et qu'on lui fait a priori crédit des obligations qu'il a. Il n'en est pas autrement de Mme Lepic, à qui sa position de mère érige une commode rempart affectif, à l'ombre duquel bien des actions peuvent être commises avec une impunité relative : de ce point de vue, les époux Lepic font bien match nul (146). Il ne suffit donc pas que Poil de Carotte bénéficie d'attentions sympathiques de la part de M.

(140) "La vérité est qu'on ne fait jamais tirer Poil de Carotte" ("L'Album" I, I, 764).

(141) "Le mot de la fin", I, 762.

(142) Ibidem, I, 763.

(143) "En chasse", I, 742.

(144) "La carabine", aussi, I, 672.

(145) "Le mot de la fin", I, 761.

(146) "L'Album", XVII, I, 768.

Lepic pour que le renvoi mutuel du père au fils soit établi. À vrai dire, jamais M. Lepic ne se reconnaît dans son cadet avant la scène finale. Là encore, est-ce le Droit qui dispense de l'explicitation affective, est-ce la reconnaissance à la naissance qui excuse les méconnaissances par défaut subséquentes ?

Le second facteur de rapprochement, c'est que Poil de Carotte, lui, est timidement demandeur de ressemblance : "M. Lepic est un marcheur infatigable. Poil de Carotte met un entêtement passionné à le suivre sans se plaindre" (147). Il faudra chercher plus loin le miroitement du géniteur dans l'engendré, et notamment dans les différences constatables entre le cadet et l'aîné. Si, a priori, grand frère Félix hérite des prérogatives paternelles grâce à l'avantage que confère la primogéniture, la pratique laisse entrevoir autre chose. Trois lignes se rejoignent, qui font de Poil de Carotte l'homme fort à venir : l'agressivité, la libido, les manières corporelles.

Aggressivité sociale, s'entend. Seul des enfants Lepic, Poil de Carotte a souci d'être bon élève, il envisage l'avenir avec un indéniable sens de la responsabilité. Alors qu'Ernestine, vouée au mariage, meuble sa mémoire d'une culture un peu confuse glanée à un cours pour demoiselles (148), que Félix traîne déjà une paresse (149) qui semble ne plus devoir le quitter, Poil de Carotte commence à se distinguer, même si la chose surprend (150). Il émaille sa conversation d'éclats humanistes (151), quitte à pousser plus loin si on le lui demande (152). Il prépare un discours pour la fête du professeur de latin (153), et demande des livres (154). Enfin, ami des vers (155), il a pour l'écriture un penchant certain : la qualité de son expression orale, même verbeuse, même cabotine, tranche sur celle de ses frère et sœur. Vue du côté parental, sa destinée prend un tour plutôt flatteur, ne serait-ce que parce qu'il est le seul des enfants à susciter des supputations, fussent-elles plaisantes : "Quand tu seras député" (156), lui écrit son père ; "si les petits cochons ne le mangent pas, il fera plus tard un gars huppé" (157), dit sa mère - et le manuscrit explicite davantage ce jugement (158). Quant à la fructification des études de Poil de Carotte, elle ne semble pas douteuse à M. Lepic (159). Tout cela fait de Poil de Carotte, avant l'heure, un personnage de pouvoir, un "enfant politique" (160). Il possède deux caractères utiles à l'accomplissement des fonctions d'homme public et les affine, malgré lui, au cœur de la famille : la dissimulation et le sens de la transaction. menteur par nécessité, intermédiaire par obligation dans la sphère privée, il apprend le métier, sans jeu ni plaisir, en vrai pragmatique. Rompu, grâce au surnom dont on l'affuble, aux ruses de la ré-identification, il avance masqué sous sa tignasse rousse et ses taches de rousseur, jusqu'à faire de son apparence reprochée le paravent d'une action personnelle : député, vraiment, taillé, émondé, pesé, et assigné aux tâches de pouvoir, aux besognes de sujétion, par sa proximité naturelle avec l'empire d'autrui. Envoyé, renvoyé, mandaté, renié, révoqué, Poil de Carotte

(147) "En chasse", I, 742.

(148) "Comme Brutus", I, 717/718.

(149) "L'Album", IX, I, 765/766.

(150) "Les poux", I, 713.

(151) "Comme Brutus, I, 716, et "L'Album", X, I, 766.

(152) I, 717.

(153) "Lettres choisies", I, 720.

(154) On a vu avec quel succès (note 108). Du reste, le rapport aux livres que dénote ce passage laisse supposer une inculture très bourgeoise chez les Lepic, où l'on se contente du "bon sens".

(155) "Lettres choisies", I, 722.

(156) Ibidem, I, 720.

(157) "L'Album", XXIII, I, 769.

(158) Voir I, 1023.

(159) "Le mot de la fin", I, 762.

(160) Dans *La Bigote* bien sûr, et surtout dans le film de Duvivier, où tout se passe un jour d'élections.

n'est pas découragé de reprendre la parole, alors que si souvent on la lui refuse. Discours trop bien tendu pour mourir d'une coupure, langue trop bien pendue pour céder aux arrachements, font du bavardage - "Il faut bien causer pour passer le temps" (161) - l'antidote de toutes les volontés adultes de renvoyer l'enfant à la muette racine de l'enfance. Né parlementaire, l'enfant de paroles sera peut-être puéril, mais jamais enfantin.

En attendant le mandat électif, on peut jouer diverses comédies juridiques. Pourquoi pas celle du mariage ? Grand frère Félix, majordome, maire et curé d'une cérémonie dont les ressorts lui échappent, voudrait que le baiser fût le point d'orgue de l'aventure. Il n'est pourtant pas établi que la forme soit le manteau d'une discrète consommation. Non seulement Poil de Carotte recherche l'état matrimonial contre les leçons de l'expérience parentale, mais il le réinvente à partir de la seule nature : les habits des soi-disant mariés sont faits de fleurs diverses sur fond de clématite, la seule différence visible entre garçon et fille éclatant par quelques pissenlits - analogie des cheveux jaunes, connotateurs d'énurésie. Poil de Carotte se plaît au jeu légal, sans craindre de lancer, à la figure de Mme Lepic, l'image d'une conjugalité d'avant la mésentente, ou le plaisir s'intègre de lui-même à la mimique des devoirs : "Qu'est-ce que ça fait, pourvu qu'on rigole !" (162). Une manifestation de la sexualité qui serait encadrée par des circonstances non légales - seraient-elles hors la loi des mères - manquerait de piment. Poil de Carotte révélera ses ébauches de désirs en une autre occasion que le faux mariage, et loin du témoin-organisateur qu'est Félix. Si le mariage renvoie spontanément à la nature et au pouvoir maternel (163) - versant matrimonial -, la découverte du corps semble tomber, elle, dans le champ paternel et économique - versant patrimonial. Les éléments "naturels" - sexe, plantes - et "culturels" - mariage, argent - ne sont pas répartis en massifs séparés, mais accolés deux à deux, en chiasme : le mariage avec les plantes, le sexe avec l'argent. Tout contact fondateur relève d'une double appartenance à la socialité et à la naturalité. Le mâle domine ici par l'argent. Poil de Carotte est condescendant avec Mathilde, fille de pauvres. Il se croit millionnaire, et crée autour de la cérémonie du coffre-fort une complicité avec son père qui est évidemment controuvée. Cependant, il a saisi l'essentiel : si la gestion des sommes régulièrement allouées pour l'entretien de la famille appartient à l'épouse, l'allocation et tout ce qu'elle suppose en amont - "les affaires", le domaine - relève de l'époux. Pour faux que soit probablement le récit de Poil de Carotte, il n'est pas illogique, pas infidèle : le père est, a priori, davantage en confiance avec son fils - même petit - qu'avec sa femme, pour ce qui touche à la source des revenus. Quelle source ? Poil de Carotte n'entend rien aux affaires, et elles se résument provisoirement - faut-il dire provisionnellement ? - pour lui au coffre-fort, garde-manger des sous. Cela ne va pas sans secret, donc sans plaisir. La visite mensuelle au coffre, hors de la présence de Mme Lepic, qui serait alors inconvenante, n'est pas sans présenter quelque ressemblance avec une bordée "à l'autel de la Vénus commode", comme dirait de Marsay (164). Sauf que le rapport économique est inversé : il s'agit de payer, non pour le plaisir d'un seul, mais pour les nécessités de tous. À terme, M<sup>me</sup> Lepic est la Vénus de l'affaire, fournisseuse non d'un corps, mais d'un travail. Derrière la ménagère, il faut lire ici la femme entretenante et entretenue. Poil de Carotte entretient donc Mathilde de prétendus rites pécuniaires paterno-filiaux, et lui fait

(161) "Les idées personnelles", I, 755.

(162) "Mathilde", I, 736.

(163) Ibidem, I, 735.

(164) Balzac, *Le Contrat de mariage* (1835), Bibliothèque de la Pléiade, nouvelle éd., tome III, 1976, p. 646.

miroiter la révélation du mot de passe nécessaire à l'ouverture du coffre, si la fillette accepte de se laisser toucher où Poil de Carotte voudra. Il s'agit bien de passe, en effet. Devant les tergiversations rouées de Mathilde, Poil de Carotte transgresse les conditions de l'échange qu'il a pourtant fixées lui-même, et, de force, achète le droit de toucher, en monnaie de singe. "Lustucru" (165), est-ce "l'eusses-tu cru" de croire ou de la crudité ? La nudité coïncide avec la confiance. Si Mathilde croit, elle se donne crue. Derrière la comptine, le compte truque. La satisfaction à caractère sexuel peut se payer avec des mots. Seuls les bêtas mettent la main à la poche. Mais la bonne affaire ne sera pas pour cette fois, puisque Mathilde se sauve. Il est vrai qu'elle n'avait rien promis, rien accepté. Quant à Poil de Carotte, épié par le valet Pierre, domestique de vrais riches qui a pouvoir sur l'enfant de faux millionnaire, il sera dénoncé à Mme Lepic, non pour "Lustucru", mais pour "le reste". Appliquant pour de bon avec Mathilde la stratégie du "Sésame" inventée au sujet du coffre-fort, il voit son secret surpris, et Mme Lepic partout. Il a voulu faire l'homme, ses "plats à barbe s'élargiront ce soir" (166). Croyance, crudité, croissance, nouées en gerbe sibylline, seront, par la magie du mot, le seul profit de l'aventure. Poil de Carotte a formalisé la libido d'adulte avec un mot d'enfant : complétude escamotée, explication mystique. Il n'a rien touché, et pourtant touche au but : qui l'eût cru (167) ?

Renard épargne à Poil de Carotte les plaisirs solitaires. Besoin d'être caressé par Violone, main baladeuse avec Mathilde, ne conduisent jamais à l'onanisme. Renard n'avait pas la plume timide, mais son époque détestait ces pratiques au point de dépêcher la chirurgie contre elles (168). Donc, point de "saletés", mais une envahissante saleté corporelle. Poil de Carotte, outre qu'il se singularise par des mésaventures excrémentielles, joue à des jeux boueux, est malingre, transpirant (169), déchiré, taché (170), revient de la pension plus sale et pouilleux que Félix, qui, pourtant, est soumis au même régime ; il n'est pas net, il répugne, il est jaune. Les deux autres mâles de la famille ne sont pas des parangons de propreté : Félix n'aime pas qu'Ernestine le bichonne, M. Lepic a le culte des culottes de chasse crottées. Or, si la masculinité semble se distinguer, entre autres, par un moindre souci d'hygiène individuelle, Poil de Carotte mérite un brevet de sur-mâle. Non seulement il produit la crasse grâce à un corps merveilleusement doué pour cela,

---

(165) "Le coffre-fort", I, 738.

(166) Ibidem, I, 739.

(167) La pertinence du "faux nom" inventé par Poil de Carotte apparaît bien si l'on prend garde à l'héritage folklorique : Lustucru, personnage classique de l'imagerie populaire, est le héros d'un cycle de satires qui voit le jour sous Louis XIII. Cet ingénieur forgeron, autrement appelé "médecin céphalique", a trouvé le moyen de redresser, avec tenailles et marteau, les cervelles tordues des Précieuses : d'où, pour le nommer, le calque du conditionnel passé deuxième forme ("l'eusses-tu cru ?") qui donne la mesure du prodige. Très vite, Lustucru incarna, d'une manière générale, la Providence des maris affligés de femmes acariâtres ou têtues, et servit à figurer plaisamment les conflits de pouvoir à l'intérieur des couples (Voir par exemple, *L'imagerie populaire* de Jacques-Marie Garnier (1869), éd. Nanga, 1991, 316 p. ; p. 70, note 1). Poil de Carotte donne, brutalement, la version bourgeoise du thème : c'est l'argent qui forge à merveille la tête des "mauvaises femmes" (voir, ci-dessous, note 239). En forgeant "Lustucru" pour faire céder Mathilde, le benjamin Lepic s'apprête à devenir forgeron...

(168) Larousse, v° "masturbation", tome 10 (1873), pp. 1320/1322 ; le même ouvrage, v° "onanisme", t. II (1874), p. 1342 C, cite Proudhon, sans autre référence : "L'onanisme a pour corollaire la bestialité". La réciproque est-elle vraie ? (Poil de Carotte est, selon sa mère, "dénaturé"). Le public n'était pas préparé à de telles hardiesses, et le droit de la sexualité poussait des racines jusque dans l'auto-érotisme.

(169) "Le bain", I, 687.

(170) Comme Brutus", I, 718.

mais encore il l'attire à lui : "S'il y a une tache dans l'air, une crotte sur la route, elle est pour lui" (171), dit Mme Lepic. Autant dire qu'il séduit toute la malpropreté du monde. C'est l'Orphée du détritius. Il n'en résulte point pour lui d'infériorité, tout au contraire. La crasse n'asphyxie pas Poil de Carotte, dont la force individuelle s'accommode naturellement de ces détails. Aussi peu sensible qu'un hippopotame à ses parasites, il manifeste le découplage du moral et du physique, du moins, de l'épidermique. Le mépris de la surface, indice de profondeur ? Le schéma semble valoir pour Poil de Carotte qui, se destinant spontanément à la réflexion, incarne par avance le type de l'intellectuel crasseux. Il existe encore une ambiguïté : si l'insistance sur la saleté permet au fond d'enjamber narrativement l'onanisme, elle permet aussi d'en inférer le contraire : Poil de Carotte ne s'occupe pas de lui-même, son corps ne l'intéresse pas, il l'oublie, ce n'est qu'un papier collant auquel tout vient adhérer. Lui qui n'est pas avare de discours, il s'exhibe vêtu de débris, habillé de traces - une clématite d'ordures -, surchargé d'indices. Là encore, on peut lire la vocation des signes, tant émis que subis. Enfin, sa personne négligée est un inépuisable sujet de conversation : ce grand discoureur alimente le discours "hygiéniste" de Mme Lepic. Enfant-sandwich, point de mire du forum familial, Poil de Carotte conditionne la parole familière, par lui définitivement captée, orientée, mise à mâle.

Ni petit prince, ni enfant chargé de chaînes, Poil de Carotte cristallise sur lui l'après-crise du couple. Si martyre il y a, c'est au seul sens de témoignage. L'enfant du déchirement est enfant déchiré, portant victorieusement la peine d'une impossible résiliation : celle de son existence. Victorieusement, parce qu'au total, quoique le passé lui soit néfaste, l'avenir lui appartient, parce que la société lui accordera ce que sa mère lui refuse, et avec d'autant moins de réserves que le refus aura été plus déterminé. Poil de Carotte est donc avant tout, et malgré lui, investi d'une fonction originale, avatar, dégradation d'un rôle juridique : celui de témoin. Indéniablement, il témoigne du ratage matrimonial, il est le mieux placé pour entendre, non le "oui", ni un "non", mais les harmoniques silencieuses d'un regret juridiquement informulé. En lui, les conditions - devant témoins - et les conséquences attendues - progéniture - du mariage coïncident, mais à rebours, sous forme de dénégation : état-civil, état si vil...

La fracture sans rupture qui caractérise le mode de vie des époux Lepic, influencée peut-être ici par la biographie du grand maître de Renard, Hugo, est à la source d'un tacite partage des tâches d'éducation. Au père l'appréciation, à la mère la correction. À elle l'enfance, à lui la pré-adolescence. Écrasé comme enfant, Poil de Carotte est plutôt sur la voie d'un épanouissement ultérieur - malheureux aux jeux, heureux en travail. Il lui faut du reste s'appuyer sur le contexte de labeur pour supporter les exactions de Mme Lepic : à Mathilde, qui dit "ma maman va me battre", il répond : "corriger, on dit corriger, comme pour les devoirs de vacances" (172). Mme Lepic n'inspire-t-elle pas aux enfants des autres à peu près autant de crainte que le maître d'école ? La révérence filiale s'aveugle d'une masculinisation et d'une professionnalisation de la mère : mythe de substitution, pratique, fragile. Avant d'être un Brutus, Poil de Carotte aura été un Fabius Cunctator.

Parce que M. Lepic est un père quasi absent, il éduque à l'évasion. Incapable de défendre son fils contre sa femme, jouant au besoin du principe d'égalité de

(171) "L'Album", XXI, I, 769.

(172) "Mathilde", I, 736.

traitement entre les enfants pour reculer devant les égalisations, les compensations nécessaires, invoquant un principe découplé de l'action pour ne pas prendre position contre l'action sans principes de sa femme, qu'il finit ainsi par rejoindre sur la même ligne d'amoralité, M. Lepic donne l'exemple d'une évaporation triomphante et égoïste. Il assume l'éducation de son fils au sens étymologique du terme : il le conduit vers l'extérieur.

## 2. LA FAMILLE LEPIC

Tous des Lepic : par le mariage ou la filiation, l'usage anthroponymique ou le Droit civil, femme et enfants portent le nom du père. S'il est un détail qui montre d'évidence combien Renard entre dans la structure familiale "more juridico", c'est bien l'obstination à désigner les époux par le patronyme exclusivement, en gommant tout prénom. Un coup d'œil sur la dénomination chez les Lepic montre une latinité segmentée : aux adultes le "nomen", à l'aîné et à la fille le "praenomen", au cadet le "cognomen". Plusieurs conséquences en découlent : d'abord, personne n'est bénéficiaire d'attributs anthroponymiques complets, d'où un morcellement des désignations, d'où des individuations non seulement différentes, mais encore différenciées : c'est une chose d'être reconnaissable à une marque quelconque, mais qui partage son statut avec d'autres - par exemple, les prénoms -, c'en est une autre de se distinguer par une marque dont le statut est essentiellement différent de celui des autres marques voisines - nom, prénom, surnom. Autrement dit, la distribution des identités telle que Renard l'effectue révèle un milieu ultra-divisé. Au découpage des marqueurs dénominatifs se superposent des oppositions de nature entre ces mêmes marqueurs. Ensuite, l'addition des principes de dénomination à l'œuvre dans la famille Lepic trace un profil complet. Est-il présentable ?

La cohérence dénominative n'en est pas moins affectée d'une distribution alternative : chaque membre de la famille reçoit ce qui manque à tous les autres, il manque à chacun ce que l'un quelconque des autres a reçu. La hiérarchie identitaire, qui confère aux parents le patronyme, aux aînés les prénoms, au petit dernier le surnom, sacrifie tout à l'équilibre visible du groupe, à une officialité coutumière que la simple arithmétique fait déjà se lézarder, puisque l'inégalité de traitement onomastique en ligne descendante est le premier obstacle à la constitution d'une structure pyramidale, où les mineurs sont majoritaires, les majeurs minoritaires. Au lieu de quoi, la minorité maximale qu'est Poil de Carotte subit tout le poids de deux étages supérieurs, devenus par là-même égaux en quantité - deux, plus deux, plus un, au lieu de deux plus trois : l'inversion de rapport est totale, et elle n'a plus rien d'une pyramide. La cohérence sans la géométrie ne laisse guère de chance à la cohésion : la génération inégalitaire se révélera dégénérative. On a vu que l'arbre Lepic poussait en vilaine terre, on va le voir à présent s'élever dans le vent mauvais.

## 2.1. ATMOSPHÈRE CRIMINELLE

Renard confesse, en son *Journal*, une vie criminelle inassouvie. Cet écrivain au nom de carassier était fort chasseur (173). Comme homme de lettres, il avait la dent dure - prédateur un peu partout, en somme, mais qui se savait en joue : "Est-ce donc si sûr qu'on soit né pour vivre ?" (174). Les Lepic vivent au grand air, ce qui met la mort à l'aise ; la campagne est vaste, et il s'y trouve toujours quelque chose à abattre. Tout serait bien simple si l'assassinat se limitait à des torsions de cou ici et là. Or il colonise toutes les expressions de la vie, en actes, en paroles, se paye de maux, emprunte les vecteurs mortifères pour coexister avec des organismes qu'il n'annule pas, pas tout de suite en tout cas. Tout autour du biotope, terrier ou foyer, la thanatosphère et l'incertitude du double tranchant, retour de bâton, coup de vent à rebours, bref ce que Renard appelle, trois mois avant sa fin, "vivre en s'amusant avec la mort" (175).

### 2.1.1. Tueur sans gages

À moins que d'être naturelle ou de suivre un accident, la mort est affaire d'autorité : il y faut la délibération, la décision, l'exécution. Poil de Carotte tue plusieurs fois, notamment sur ordre ; les perdrix blessées rapportées par son père finiront entre ses mains (176). L'ordre, ici, n'est pas injonction ordinaire, ou occasionnelle, mais bon ordre. À grand frère Félix l'ardoise où l'on inscrit les triomphes cynégétiques, à sœur Ernestine la plumaison, à Poil de Carotte les coups de grâce. "Il doit ce privilège à la dureté bien connue de son cœur sec". Sous l'antiphrase à trois entrées - est-ce un avantage réel ? la réputation est-elle authentique ? Le naturel est-il mauvais ? - pointent deux notions juridiques : le privilège et la commune renommée. L'une et l'autre s'enracinent dans une communauté réduite à l'informe. Quelle est la loi commune par rapport à quoi la fonction de tueur en cuisine constitue un privilège ? Comment donne-t-on corps aux "on-dit" qui font une réputation de cœur sec à Poil de Carotte ? Renard, ici, installe la juridicité privée, qui régle en les dérégulant les rapports du benjamin avec le reste de la famille, en un point presque aveugle de la vision par le Droit, là où le fait prend valeur de norme, quand se produit la mystérieuse transformation du flux en canalisation, du vague en général. En même temps, le mystère est résolu d'un seul coup, grâce aux bouffées antiphrastriques que l'on sentait flotter plus haut. Le bruissement, la rumeur, l'habitude, ne deviennent coutume qu'une fois les intérêts authentifiés - ce qui ne veut pas dire équilibrés, discernés pour longtemps, dosés prudemment, même si c'est plutôt le cas, s'agissant des coutumes viables, donc historiquement observables. Il faut soigneusement distinguer la condition simplement nécessaire des conditions à la fois nécessaires et suffisantes, l'estampillage d'une manière de faire, de sa validation utilitaire. Tout gravite alors autour de la valeur qui peut être accordée aux mots "bien connue", lesquels sonnent un peu faux, comme des paroles rapportées, transportées d'une bouche dans une autre. Le persiflage d'auteur, qui consiste à intégrer à la partie du texte non dialoguée, échue à la "voix-off", un pastiche de Mme Lepic, désigne celle-ci comme

(173) Voir le *Journal*, Bibliothèque de la Pléiade, 1965, p. 547 (au 28-IX-1899 : "Un lièvre, c'est gros, c'est lourd, et on est tout pâle, un peu comme si l'on venait de tuer un homme").

(174) *Ibidem*, p. 547 (au 17-X-1899).

(175) *Journal*, p. 1266 (au 23-II-1910).

(176) "Les perdrix", I, 662/663.

initiatrice, secrétaire et exégète de la commune renommée concernant Poil de Carotte. La connexion est solide, mais ne durera que ce que dureront Mme Lepic ou la vivacité de sa cause. Il reste que, compte non tenu de la durée possible, peut devenir Droit toute attitude en acte et en discours à laquelle un dominant quelconque attache un quelconque intérêt, étant donné la faiblesse ou l'inexistence d'une expression concurrente. Quant à ce qui devient effectivement Droit, c'est affaire de conjoncture. Pour un temps, Thémis s'appelle là-bas Mme Lepic, en vertu du silence environnant : elle est donc à la merci d'un surgissement verbal adversatif, elle est fragile, de sa force trop facile. Attention au bon ordre, qu'il faudra réinventer à plusieurs, à plusieurs voix - dans concertation, il y a concert. Le silence intersubjectif n'est pas absence de son, mais absence de réplique, de toute réplique qui ne serait pas reduplication de la parole dominante, économe de décibels grâce à l'effet d'écho, grâce au vide relatif.

Poil de Carotte tuant les perdrix finit ce que son père a mal fait, et comme M. Lepic ne sait pas, ne daigne pas, réduire autrui au silence - ce qui, tout au contraire, est l'obsession de Mme Lepic - leur dernier enfant les combine en associant leurs traits de caractère distinctifs. L'ordre, pour l'instant, veut qu'il achève la besogne de son père, qu'il en souligne, de ce fait, l'état d'inachèvement, qu'il achève son père, au fond, en ayant l'air de le parachever, et qu'alors, "homme" d'un instant (177), il réalise sa mère, femme d'ordre. Chaque chose, chaque être à sa place : les vivants avec les vivants, les morts avec les morts ; on n'aime pas les blessés - Poil de Carotte "pioché" en sait quelque chose. Il n'a qu'à s'en prendre à M. Lepic, qui pourrait tuer "proprement" au fusil, ou finir la chose tout seul avant de rentrer à la maison. L'opération se passe mal. Poil de Carotte exécute et s'exécute avec une mauvaise grâce dont le premier résultat est de prolonger la souffrance des animaux. Autour de lui, "on" saurait s'y prendre : "On lui donne obligeamment les indications d'usage [...] mais la technique n'est rien, il y faut la volonté, et quelle meilleure preuve de volonté que la passion ? [...] Ne fais donc pas ta sensitive ; en dedans, tu savoures ta joie", dit Mme Lepic à son fils qui, derrière son dos, étrangle une perdrix de chaque main. Une variante, plus nette, mais moins vraisemblable, portait à la place des derniers mots : "tu jouis" (178). Double quiproquo, alors, l'un, affreux, au niveau de la réalité, qui fait prendre le supplice pour le plaisir ; l'autre, flatteur, au niveau de la métaphore, qui met l'acte de tuer à parité avec la performance sexuelle. "Deux à la fois, mâtin !", s'exclame le père, à la lettre impuissant, tandis que Poil de Carotte cache, pudibond, son crime derrière lui - et Mme Lepic partout, là-dedans, qui machine l'équivalence du sexe et du supplice dans la même chair pantelante. Le plaisir est au moins dans le voyeurisme maternel : Mme Lepic est seule à supporter le spectacle, tandis que M. Lepic est sorti "éccœuré", quoique "vieux chasseur" (179). Une fois les oiseaux massacrés, elle "les tourne, elles les retourne". Le "bourreau", comme l'appellent Félix et Ernestine, "étranglerait plus aisément, d'une main, un camarade". Les contraintes du "Droit" familial sont telles qu'on se verrait moins douloureusement hors-la-loi dans la cité des hommes, où l'on supprime toujours un égal en quelque chose, en humanité, en santé, où l'on attaque, et où l'on n'intervient pas pour seulement finir la victime d'un autre : un camarade, c'est un alter ego ; les perdrix, ce sont des aliæ altérées. Mais qui étrangle-t-on, ou que fait-on s'étrangler dans une parodie de désir où Mme

(177) Si plumer n'est pas l'affaire des hommes, ipso facto tuer l'est bien.

(178) Voir I, 1003.

(179) Et vieux coureur, comme Renard le suggérera de façon appuyée dans *La Bigote*. Mais s'agit-il du même M. Lepic ?

Lepic montre que l'état sexué de Poil de Carotte lui agréé, s'il débouche sur une expression vraiment dégoûtante, loin du faux mariage et des clématites, s'il stérilise la spontanéité de l'expression corporelle de soi à autrui ? Le Droit, justement, le vrai, celui dont les postulations, si elles présupposent l'intérêt, excluent toute référence au plaisir de s'y conformer. Le "Droit" familial, sur-interne, qui n'est qu'un droit du plus fort à dire son droit et à contredire le Droit, est au surplus affecté d'une hypertrophie pénale en quoi se résout le droit de rien.

Poil de Carotte ne déteste pas tuer, mais quand il est seul, et à sa façon, sans obligation de spectacle, et sans autre intérêt que personnel. Il lui arrive ainsi deux aventures animalières, avec une taupe d'abord, puis avec un chat. Dans "La taupe" (180), pas de Mme Lepic, pas de famille, pas de témoins. Poil de Carotte est tranquille. En principe, on sort ici complètement du domaine hétéronormé. Mésinterprétant un phénomène de nature - le ventre de la taupe, "plein de graisse, tremble comme une gelée et, par ce tremblement, donne l'illusion de la vie" - il s'enrage sur l'animal disloqué, sans parvenir à enrayer le spasme. Déjà, il ne savait pas tuer les perdrix, mais il ne le voulait pas non plus ; là, la réalisation de la mort lui paraît reculer en proportion inverse des efforts qu'il fournit pour l'obtenir. Poil de Carotte est confronté à l'inapplication de ce qu'il pensait être une loi naturelle : l'adéquation de la mort et de l'inertie. Incapable encore de remettre en cause son préjugé, il se trouve néanmoins au point ultime de la leçon de choses, quand elle s'avère leçon de signes. Simultanément, il atteint la limite de l'autodidactisme, c'est-à-dire le moment où l'absence d'explication savante conduirait à emprunter la voie harassante de la réitération expérimentale, créatrice d'un doute progressif, puis, peut-être, d'une certitude nouvelle. Combien de taupes à massacrer avant d'entrevoir la complexité d'une sémiologie - au sens médical - de la létalité ? Le plaisir, pour ainsi dire solitaire (181), afférant à la mise à mort d'un animal dont l'existence ou l'inexistence est insusceptible de donner lieu à une reddition de comptes, est gâché par une naïveté que Poil de Carotte ne soupçonne pas, et qu'il transforme en rouerie de la taupe, en ruse de la vie ou de la mort - les deux se confondent. Seule une certitude se fait jour, et c'est une provision précieuse : l'inertie de la victime n'est pas fonction de l'acharnement du bourreau, les issues d'un combat perdu en droit sont incertaines en fait, un droit né du fait - le droit du plus fort - est à la merci du fait même. Rousseau ne dit pas autre chose (182). Au surplus, c'est le ventre qui tremble, provoque, pose problème. Il n'est pas dit que la taupe puisse être pleine, mais la maternité se profile derrière la graisse vacillante : "feri ventrem". Enfin, la taupe est tellurique, animal de fond "noire comme un ramonat" - encore le tubulaire, le troué, qui vient à l'appui du terrestre -, harnachée de sa couleur comme Poil de Carotte de la sienne. Ce meurtre difficile a tout d'une pseudo-autonégation manquée, on en retrouvera plus loin des résurgences copieuses.

La mort du chat (183) est en quelque sorte la somme des tueries minuscules auxquelles s'est complu Poil de Carotte. Motivé par un but utilitaire - "Poil de Carotte l'a entendu dire : rien ne vaut la viande de chat pour pêcher les écrevisses" -, le sacrifice est précédé d'attendrissements sur ce chat "méprisé parce qu'il est vieux,

(180) I, 675.

(181) Et recélant, à l'égal de l'autre, sa propre contradiction, comme on voit dans le *Journal*, p. 431 (au 17-IX-1897) : "Oh ! étrangler une perdrix, lui serrer le cou, sentir entre ses doigts cette petite flûte de vie !" et ailleurs : "La gêne que j'éprouve quand j'ai écrasé ne fût-ce qu'un insecte", p. 666 (au 16-V-1901).

(182) "Le plus fort n'est jamais assez fort pour être toujours le maître, s'il ne transforme sa force en droit et l'obéissance en devoir" *Le Contrat social*, chap. III, Bibliothèque de la Pléiade, 1964, p. 354.

(183) "Le chat", I, 724/726.

malade, et, çà et là, pelé", à qui Poil de Carotte offre une dernière tasse de lait avant de lui appliquer au front le canon de sa carabine. Mais, une fois encore, l'affaire marche mal, et la suppression dégénère en carnage, dans lequel quelques certitudes sont ébranlées : une moitié de tête emportée, le chat vit encore, et "qui donc m'affirmait que les chats pleurent quand ils meurent ?", dit Poil de Carotte. Tout s'achève dans un évanouissement, à l'issue duquel Poil de Carotte se retrouve au lit, tandis que Mme Lepic fait visiter "les lieux où s'accomplit le drame" aux parents et aux amis "mandés en toute hâte". "J'ai dû centupler mes forces pour lui arracher le chat broyé sur son cœur. Je vous certifie qu'il ne me serre pas ainsi, moi". Ainsi ferme-t-elle la geste sanglante du féroce enfant, aliment ultérieur des "veillées de famille" - de quoi, en effet, tenir les familles en éveil. Dans son cauchemar, Poil de Carotte se voit attaqué par des écrevisses géantes. Un faisceau coutumier procède de l'aventure, triple "fama" concernant la viande de chat, les larmes de chat, la cruauté de Poil de Carotte, avec les poids respectifs de routine, de légende, de parti-pris, qui, à terme, lestent l'existence d'un infra-Droit gauchisseur d'actes. Pourtant, "Poil de Carotte n'est pas un débutant. Il a tué des oiseaux sauvages, des animaux domestiques, un chien, pour son propre plaisir ou pour le compte d'autrui". Il sait la manière, et qu'un accès de haine est le meilleur atout contre la sensiblerie que provoquera une bête à la vie dure ; aussi, que le désir de tuer économise rarement la rage de vaincre, alors qu'on pense spontanément à la relation inverse. Ce n'est qu'une application du principe raisonnable - Poil de Carotte, raisonneur, montrera qu'il aime mettre la logique avant tout (184) - selon lequel on inféode la passion et ses débordements à une préméditation dont on n'est pas en mesure de déterminer avec précision le soubassement passionnel. La passion ustensile, et de dernier recours, n'est pas incompatible avec le vrai monde du Droit, où l'on tolère l'idiotisme s'il ne contrevient pas au dessein d'ensemble, et mieux s'il y contribue. Poil de Carotte ne peut pourtant dominer le processus de mise à mort, peut-être parce qu'il était affecté d'un vice fondamental. Ce chat à l'œil jaune qu'il caresse avant de le tuer, avec lequel il y a compénétration au moment du corps à corps, contre la "figure" (sic) duquel il colle la sienne avant de défaillir, qui suscite la jalousie étrange de Mme Lepic, et qu'il finit par supplanter comme appât dans le mauvais rêve, n'est-ce pas, en définitive, sa doublure animalière ?

Le dernier type de meurtre, le plus personnel et le plus anomal est évidemment dirigé contre soi-même. Trois fois, il est question du suicide éventuel de Poil de Carotte, et, curieusement, toujours à la fin du livre. "Il est si orgueilleux qu'il se suiciderait pour se rendre intéressant", dit Mme Lepic (185) ; juste après, il "tente de se suicider dans un seau d'eau fraîche, [...] quand une calotte renverse le seau d'eau" sur ses bottines et le ramène à la vie (186). Dans la dernière scène, "Le mot de la fin", Poil de Carotte confesse à son père la volonté d'en finir, qu'il a parfois éprouvée : "Je te jure que pas plus tard qu'hier, je voulais encore me pendre" (187). Cette idée est devenue péripétie dans la pièce de théâtre, où Poil de Carotte narre à son père un début de passage à l'acte, et plus encore dans le film de Duvivier, où elle est le point d'aboutissement du drame. Accentué au fur et à mesure qu'il est présenté à un public plus large, le penchant suicidaire de Poil de Carotte n'en est que davantage valide, tout comme s'il devait manifester une vérité enfouie dans le livre à ceux qui n'ont pas le goût de la lecture, ou comme si la spectacularisation de l'œuvre

(184) "Les idées personnelles", I, 754.

(185) "L'Album" XXI, I, 769.

(186) "L'Album" XXII, I, 769.

(187) I, 762.

impliquait forcément le décryptage violent de sa violence dernière. Il s'y ajoute une cause biographique. Malade, le père de l'écrivain, François Renard, s'était suicidé d'un coup de feu le 19 juin 1897, à soixante-douze ans. De part et d'autre de ce drame privé, *Poil de Carotte* version livre (1894) et version scène (1900) : rien d'étonnant à ce que, de l'une à l'autre, Renard, très frappé par la mort de son père, ainsi qu'en témoigne le *Journal*, ait fortifié cet aspect de l'œuvre. Cela ne dispense pourtant pas de questionner séparément la latence et la virulence autolytiques que manifestent, chacune de son côté, les deux interprétations du complexe Lepic.

Le fait-suicide est indiscernable de l'accueil qui lui est fait, pour la raison que l'impact d'une mort volontaire est presque toujours intégré au projet d'auto-suppression. Dans les trois cas où le suicide de Poil de Carotte arrive à fleur de page (188), on trouve, au niveau de l'entourage parental, des éléments de négation très forts et très dissemblables. Que Mme Lepic envisage verbalement le suicide de son fils montre à la fois sa lucidité de simple mère et son aveuglement de mère mauvaise : pressentant une hypothèse de dénouement consistante, elle lui trouve une justification qui n'est pas inexacte - il s'agirait bien d'un "suicide d'appel" - en même temps qu'elle la ravale à une composante futile de la personnalité : ainsi l'hypothèse ultime est-elle déconsidérée. Non que le vrai se mélange au faux, mais la pertinence convoque la frivolité pour annuler ses effets possibles - par exemple, un changement d'attitude, en vérité impensable, puisque l'idée de Poil de Carotte inexistant, ce qui n'équivaut pas à mort, ni à suicidé, mais n'est pas non plus sans un rapport profond avec ces éventualités, ne gêne pas Mme Lepic. Car la différence est de taille entre une présence regrettée et une disparition souhaitée. La tentation suicidaire est devinée, pas désirée vraiment : très exactement, Mme Lepic n'oserait pas y croire. Poil de Carotte, dans son seau d'eau, se suicide avec prudence et circonspection, a minima, immerge les orifices, le strict nécessaire (189). On ne sait pas d'où vient la calotte, on en crédite aussitôt Mme Lepic ; on s'interroge moins sur les raisons du châtement faussement salvateur, mais il y a peu de chances pour que l'intention de Poil de Carotte ait été, comme telle, identifiée : il est pris à faire une bêtise quelconque, voilà tout (190). La timidité de l'exécution (191) jette le ridicule sur la motivation, et conforterait, aux yeux mêmes de Poil de Carotte, toute présentation provisionnellement amoindrie de sa réelle fêlure. Mme Lepic perçoit donc quelque chose comme une manigance sans preuves ; aussi bien, elle se trompe sur le sens de l'acte quand elle en est témoin - ou fait celle qui se trompe, ou se trompe volontairement, la psychologie est par nature verrouillée. Mais, dans tous les cas, la pulsion autolytique, confirmée ou non par l'observation, est portée au compte d'un naturel désordonné et désordonnant. La relation trouble de la mère au fils vient de ce qu'il la trouble, subvertit son sens des choses, contrevient à son sens de l'ordre. Plus tard, au théâtre, Renard fera de Mme Lepic une bigote (192), de M.

---

(188) Sans parler de l'allusion réitérée : quand Poil de Carotte, petit, est tombé dans la fontaine alors que son parrain dormait sur l'herbe, il a manqué se noyer malgré la faible profondeur. "Tu ne pensais donc plus à te relever ?" dit le parrain, racontant, une fois de plus l'incident ("La fontaine", I, 732). Quant aux habits de la famille, suspendus dans la chambre "de la cave", où dort Poil de Carotte, "on dirait des suicidés qui viennent de se pendre" ("Les idées personnelles", I, 755). À la même page, il est question du "puits du jardin, comme creusé là exprès pour qui voudrait s'y jeter par la fenêtre".

(189) Il n'est pas l'ami des grandes eaux, bain ou toilette.

(190) C'est ce qu'explique la pièce : "Ma mère a cru que je ne savais qu'inventer pour salir notre eau et empoisonner ma famille" (II, 705). Hantise que ne soit retournée à l'envoyer la plaisanterie de la soupe aux excréments ? Ici, c'est la tête même de Poil de Carotte qui est la chose infecte.

(191) "Je n'étais pas bien décidé" (ibidem).

(192) Mais une bigote capable de chantage au suicide, du moins dans la pièce *Poil de Carotte* : "Elle menace de se jeter dans le puits, il y a un grillage", ironise son mari (II, 709). La mère de Jules Renard est morte en tombant - sans doute involontairement - dans un puits.

Lepic un libre-penseur. Ici, déjà, le suicide est une expression du désordre maximal que peut provoquer le jeune rebelle sans encourir de châtement, hélas, et c'est pourquoi on dénigre l'acte d'avance, pour qu'il perde un peu de grandeur, de verticalité, dans l'esprit de celui qui le commettrait, subornant ainsi d'avance les précieux témoins du martyre : lutte d'influence sur l'entourage, entre Mme Lepic et son hypo-suicidant de fils. À l'aveu de Poil de Carotte, M. Lepic réagit en homme qui n'y croit pas : "Et te voilà. Donc, tu n'en avais guère envie. Mais, au souvenir de ton suicide manqué, tu dresses fièrement la tête. Tu t'imagines que la mort n'a tenté que toi. Poil de Carotte, l'égoïsme te perdra". La pièce montre un père plus inquiet, mais il entend un récit plus détaillé. De la femme au mari, l'égoïsme a supplanté l'orgueil dans la leçon de morale familiale. M. Lepic, quoiqu'il dispose, mais depuis quelques instants seulement, d'informations fraîches, mais forcément inférieures à celles que possède Mme Lepic, persiste à tenir l'option-suicide pour peu vraisemblable. Peut-être est-ce parce que le monde lui semble trop spontanément ordonné et solide, ou que, d'homme mûr à petit homme, il veut le faire paraître tel à son successeur en force masculine. Enfin, si selon Mme Lepic Poil de Carotte est trop terroriste pour ne pas se lancer aussi dans la voie antisociale et antichrétienne du meurtre contre soi, l'ordre du monde est trop bien établi, aux yeux de M. Lepic (193), pour que son fils y contrevienne d'une façon aussi radicale. Le père est volontariste, et ne peut penser l'acte contre soi autrement que sur le mode de l'acte contre les autres : si l'on en parle, c'est qu'on ne le fera pas, puisque la gravité authentique, assassine, déterminée, doit se donner, pour être efficiente, les atouts de la dissimulation. C'est, du reste, une opinion communément répandue, et fautive, que les vrais suicidants se taisent et ne manquent pas leur affaire (194). Au total, il semble que les conditions soient d'autant plus réunies pour que Poil de Carotte se supprime, que l'idée du suicide est couvée par la mère, puis mal analysée par le père. À quoi s'ajoute l'absence remarquable de Félix et d'Ernestine, qui est peut-être le signe le plus probant. En effet, le suicide peut dès lors apparaître comme le seul lien privilégié, secret, entre Poil de Carotte et chacun de ses parents, sans que ce lien fasse connexion. On ne sait à qui Mme Lepic fait part de l'orgueil de son fils, ni si ces paroles reviennent à M. Lepic ; ce qui est révélé à M. Lepic n'est pas destiné à être rapporté à sa femme. Il n'y a pas même concomitance de ces paroles, gelées dans "L'Album", et du "Mot de la fin" - tout est éclaté, quoique cohérent. Une certitude : le suicide apparaît à Poil de Carotte comme une fuite devant l'imprévisible et constante pénalisation de son existence à la maison, donc devant l'ordre désordonné de la vie familiale. Du reste, il préférerait rester au collège pendant les vacances, ou exercer tout de suite un métier, ce qui revient dans les deux cas à vivre dans un monde où prévalent à découvert des normes fixes. On voit bien alors que l'hypothèse du suicide, si brièvement évoquée qu'elle soit, est le point de divergence absolue d'avec l'un et l'autre des parents, dont elle fait, au surplus, éclater la divergence de vues (195). D'une certaine façon, la pensée suicidaire réalise la combinaison imprévue, délirante, du divorce et du remariage, puisqu'elle provoque entre les parents une dissociation maximale en même temps qu'elle supprime l'incarnation de leur désunion. Sa propre disparition peut donc à bon droit être ressentie par Poil de Carotte comme aussi contradictoire, et par là-même équivalente, à son existence elle-même. Interchangeabilité qui, en vidant de son

(193) Dans la pièce, M. Lepic reproche à sa femme, outre le bavardage, le mensonge et les curés, le désordre (II, 711).

(194) "Quand on se rate la première fois, on se rate toujours", dit M. Lepic dans la pièce (II, 705).

(195) Confrontation rendue très difficile par leur évitement réciproque.

contenu familial - sentiment du pour-autrui - le fait d'exister, ôte une bonne partie du prix de la vie tout en rendant celle-ci prolongeable par routine : au bout du compte, le mort-vivant ne se suicide pas.

### 2.1.2. Le complexe d'Agrippine

Mme Lepic craint Poil de Carotte comme un assassin en herbe. La première exclamation lui échappe à l'occasion du massacre des perdrix : "Le fait est qu'il raffine [...] Les pauvres bêtes ! Je ne voudrais pas être à leur place, entre ses griffes". À la dénaturation du fils bestial, ici quasi carnassier, correspond une victimisation maternelle mythique. On peut y voir deux versants cauchemardesques très distincts : le premier plonge du côté de Brobdingnag, avec, pour Mme Lepic, un exil terrifiant chez les géants ; le second va plutôt vers les contes de fées, et Mme Lepic serait métamorphosée en perdrix, gibier, pâture, enfin serait vouée à la consomptibilité culinaire. La dissociation des hypothèses est décisive, puisque d'un côté Mme Lepic, forces physiques très réduites, conserve son humanité et succombe sous plus fort qu'elle, tandis que de l'autre elle est dénaturée, blessée par le mari, achevée par le fils, périssant écrasée par l'alliance de ses adversaires.

Imaginons donc d'abord Mme Lepic aux prises avec un Poil de Carotte grandi, suradulte. Il en résulte un rêve projectif, où le règlement de comptes est propulsé dans un futur infernal : si Poil de Carotte ne s'arrêtait pas de grandir ? En admettant que la situation actuelle perdure, et que la stabilisation par l'âge adulte ne soit jamais atteinte, la croissance de Poil de Carotte, contenue dans son enfance même, donc dans sa faiblesse présente - s'il est hors d'état de se défendre, c'est qu'il grandit, la petitesse n'est qu'un gigantisme retardé, mais implacablement en marche -, conduit tout droit au renversement radical du rapport de forces. Poil de Carotte ne sera jamais sage, les choses ne se "tasseront" jamais avec sa mère, laquelle est consciente de l'agressivité rentrée qu'elle suscite (196). Dans cette perspective, l'irrespect maternel ne serait pas amorti par le Droit - l'article 371 qui concerne Poil de Carotte "à tout âge" -, mais on demeurerait dans la logique - si c'en est une - du droit du plus fort, avec ses possibilités de renversement toujours ouvertes, l'enfant devenant surhomme physiquement, tout en restant dans un univers de contraintes enfantines, sans que la génétique ni les normes sociales fassent jamais jeter l'éponge. A contrario, on comprend mieux pourquoi la mauvaise mère donne libre cours à sa hargne : c'est qu'elle est protégée de sa victime par les limites ordinaires de la biologie et de la communauté humaine, qui feront de Poil de Carotte un fils peu et pas aimant, mais pas un ogre, probablement pas un assassin, et sans doute un garçon respectueux, qui saura "faire son devoir" le moment venu. Les excès du "Droit" lepicquien sont, non adoucis par le Droit authentique, auquel ils échappent, mais finalement annulés, édulcorés en mauvais souvenirs. Autant dire que Mme Lepic a les mains juridiquement libres d'abord, lavées ensuite. Et si elle était une perdrix ? Châtiment de méchante reine ou épreuve d'innocence princesse, la métamorphose est pour tout de suite, elle n'implique pas la continuation excessive de ce présent-ci, elle est changement de camp immédiat. Animalisée et rejetée d'entre les humains, Mme Lepic serait pourtant aux premières loges pour apprécier l'attitude des deux seuls hommes qui comptent vraiment dans sa vie. Prenons cependant garde à ne pas faire de leur comportement une vengeance consciente,

---

(196) On en trouve trace, par exemple, dans une note, finalement non utilisée, qui figure sur le manuscrit de la pièce, conservé à la bibliothèque Jacques Doucet. "M. Lepic : Je t'ai vu battre tes lapins. Poil de Carotte : Je ne pouvais pas battre ma mère" (II, 1040).

préméditée, car, dans cette nouvelle fable, l'aventure serait d'autant plus terrible qu'elle reposerait sur un indiscutable quiproquo, Mme Lepic étant seule à se savoir métamorphosée. Apparaîtrait donc, non la vérité d'une action masculine dirigée contre elle mais l'authenticité du positionnement paterno-filial au sein de la nature ordinaire, qui révélerait Poil de Carotte d'abord, mais aussi M. Lepic derrière lui, comme les deux brutes que Mme Lepic combat sans trêve. En sens inverse, le postulat de brutalité, renforcé par la construction fabulatrice, justifie de la part de l'épouse et mère l'utilisation de tous les moyens, la délie du moindre scrupule, lui confère tous les droits. Parlant et agissant au nom d'une nature agressée, elle se considère comme en état de légitime défense.

Un accident domestique justifie d'ailleurs parfaitement la terreur contenue de Mme Lepic, et s'emboîte à merveille dans "Les perdrix". Il fait la matière de l'épisode intitulé "L'hameçon". Poil de Carotte vide et écaille sa pêche, ce qui attire sur son cou et ses épaules une caresse affectueuse de Mme Lepic, qui se plante alors dans le doigt un hameçon resté pris au dos de son fils. Après la chasse, la pêche, et encore une affaire pré-culinaire. Les voisins accourent, M. Lepic opère sa femme à l'aide d'un méchant canif qui "déchire, scie au hasard" (197). Avec un jeu de décalages, on retrouve une structure complémentaire de cette mise en œuvre dans "Les perdrix", puisque maintenant, c'est le père qui corrige une blessure dans laquelle le fils est impliqué au départ, mais sans que la blessure initiale résulte d'une volonté de tuer, ni d'un acte unilatéral comme est celui du chasseur, et sans qu'on achève l'être pantelant, puisqu'il s'agit au contraire de le débarrasser de son mal. Pourtant, Mme Lepic vit sa mésaventure comme la réalisation de ses pressentiments. Elle appelle son mari d'un nom - "boucher" - qui, deux fois proféré, est le faux jumeau de celui que répétaient Félix et Ernestine pour stigmatiser la violence de leur jeune frère à l'endroit des perdrix. Et M. Lepic, qui profite de l'évanouissement de sa femme "blanc, affolé, [...] charcute, fouit la chair", jusqu'à ce que tombe l'hameçon, procède comme Poil de Carotte devant quelque animal rétif à la mort, se laisse aller à l'efficace passion d'en finir. Les propos contradictoires que tient Mme Lepic lorsqu'elle refait surface sont cohérents avec les sentiments pour le moins mélangés - quoiqu'inexprimés - de Poil de Carotte ("Il écoute les plaintes de sa mère, et d'abord n'est guère chagriné de les entendre") : là, "ce n'est pas de ta faute", plus loin, "je te pardonne". Poil de Carotte, conscient de ce que Mme Lepic penche d'instinct pour une lecture criminelle de l'incident, joue préventivement les victimes, sanglote, offre à sa mère l'occasion d'une scène publique de mansuétude : "Ah ! sur le moment, je l'aurais tué, si je ne l'aimais tant" - preuve que le champ de bataille imaginaire a bien accueilli un carnage entre les trois protagonistes. Piégeant, sans le savoir, Mme Lepic, grâce à son étrange faculté de tout coller à lui, que pourtant elle connaît bien (198), Poil de Carotte pique sa mère à l'hameçon et justifie, à ses dépens, le nom du père - et le fait qu'elle est une honnête femme (199). Le sang de celui-ci - le bon, qui ne peut mentir - fait couler le sang de celle-là - qui ne peut que mentir (200). Mme Lepic pâtit simultanément de son bon mouvement de mère et de sa fidélité d'épouse, et sent que ni fils, ni mari, ne peuvent voir là autre chose qu'une preuve supplémentaire et fortuite de son irréfragable indignité. Ainsi pêchée parce qu'elle n'a pas été pécheresse, Mme Lepic ne peut compter que sur la sollicitude

(197) I, 748. Le "vieux chasseur" redevient un bourgeois désespéré.

(198) Voir note 171.

(199) Dans la pièce, M. Lepic dit à Poil de Carotte, qui s'imagine un instant être le fruit d'une faute maternelle : "Rassure-toi, ta mère est une honnête femme" (II, 710).

(200) On se rappelle que, dans la pièce, Renard fera détester à M. Lepic, chez sa femme, la manie du mensonge (II, 711).

d'Ernestine ; il n'est pas indifférent que joue, en cette occurrence, une sorte de solidarité féminine, vague sans doute, mais qui peut s'organiser autour d'un droit au respect pour avoir conservé le lignage pur de tout reproche. De l'autre côté, Félix plaisante le sang de sa mère, et s'empare de l'hameçon : "Je veux pêcher avec. Bigre ! Un hameçon trempé dans le sang à maman, c'est ça qui sera bon ! Ce que je vais les sortir, les poissons ! Malheur ! des gros comme la cuisse !". Sous l'accident, on voit courir les trois lignes juridiques de la responsabilité, de l'assistance dégénéralant presque en coups et blessures, enfin de la filiation, dont le tressage est effectué uniquement par la notion d'intention, qu'elle soit présente ou absente : pas de Droit sans l'expression d'une volonté libre, pas d'infra-Droit sans le partage involontaire d'une discrétion assujettissante.

Tenté par Mme Lepic (201), qui le somme de retrouver une pièce d'argent à lui donnée par le parrain, et qu'elle a malignement dissimulée en la faisant passer d'un vêtement dans un autre, afin de lui apprendre à ne pas laisser traîner de monnaie au fond de ses poches, Poil de Carotte exécute l'ordre maternel, pour le moins ambigu - "remplace-là, [...] arrange-toi" -, en volant une autre pièce dans la table à ouvrage, et cherche à se libérer d'une quête qui menaçait d'être infinie. Confrontée à la fausse trouvaille, Mme Lepic répond en produisant la vraie pièce, embarrasse son fils de l'une et de l'autre, tout en se réservant d'enquêter - et pourquoi pas dans la table à ouvrage ? Poil de Carotte alors, "se campe devant elle et, silencieux, offre une joue" ; avant que "la première gifle [ne] tombe", Mme Lepic prononce un court sermon qui s'achève ainsi : "On commence par voler un œuf. Ensuite, on vole un bœuf. Et puis on assassine sa mère". L'épisode, dans lequel perçé un évident souvenir des *Misérables*, présente un intéressant feuilletage des motifs que l'on peut prêter à Mme Lepic pour agir de la sorte (202). Le premier est avoué, ce qui ne signifie pas, loin de là, qu'il doive être intégralement révoqué : "J'ai voulu te donner une leçon d'ordre. Je t'ai laissé chercher pour t'apprendre". Le second est aisément démêlable par un lecteur toujours témoin à charge contre Mme Lepic - à l'inverse des témoins qu'elle convoque : les impératifs "remplace-la", "fabrique-la", "arrange-toi", contreviennent au simple "trouve-la", et envoient Poil de Carotte sur un autre chemin qu'immédiatement punitif, circulaire, fermé, ennuyeux, où la peine "s'appliquerait d'elle-même" (203) ; Poil de Carotte va au-devant d'un châtement plus grave, mais plus sûr et plus prompt, manifestant par là qu'il craint supérieurement l'incertitude et ses étirements à perte de vue. Mme Lepic machinerait donc de quoi satisfaire un plaisir de châtier qui s'accorderait avec le désir qu'a son fils d'en finir vite. Le troisième motif se laisse extraire des derniers mots de Mme Lepic, qui tracent en pointillés la fuite en avant des transgressions : elle cherchait confirmation de la géométrie criminelle de Poil de Carotte, elle a maintenant de quoi alimenter la terreur d'une croissance infinie, absolument comparable à ce qui était déduit de l'hypothèse Brobdingnag. Aucune de ces hypothèses n'est du reste contradictoire avec les deux autres ; on verra plus loin à quelle profondeur se situe leur commune matrice.

Mme Lepic use d'un proverbe, posant simultanément un problème de forme et un autre de contenu. Venu de nulle part, le dicton est bon partout, emprunt sans intérêts, bruissement devenu parole, il vaut témoignage anonyme pour qui, voulant

(201) "La pièce d'argent", I, 749/753.

(202) Lorsque Cosette perd, chez les Thénardier, une "pièce quinze-sous", que Jean Valjean "retrouve", augmentée de cinq sous (*Les Misérables*, Bibliothèque de la Pléiade, 1951, p. 417).

(203) "Les têtards", I, 741.

avoir raison (204), se contente de supériorités fugaces dans le procès de conversation ; à ce titre, il rejoint la convocation des parents, amis, voisins, dans la stratégie ordinaire de Mme Lepic. Qui plus est, le dicton ramène toute situation nouvelle à laquelle on l'applique, au muséum des causes déjà jugées - d'où sa charge de préjugés. *Nihil novi sub sole*, l'éternité est derrière, pas devant, tout surgissement n'est qu'une variation. Le rôle joué par les adages dans la constitution du Droit, non comme aide-mémoire de praticiens, mais à la jointure quelque peu obscure du folklore et de la coutume (205), ne peut être non plus oublié ici, où le milieu familial est l'habitat d'expériences anti-, pseudo-, pré-juridiques, et où se joue, en quelque sorte, l'enfance du Droit. Quant au contenu, très campagnard, donc déjà bien adapté au cadre du livre - œuf, bœuf - il offre deux aspects, l'un limitant l'autre. D'une part, il indique le vertige consécutif au saut dans l'illégalité ; d'autre part, il le bride et le cantonne dans la même zone de qualification pénale, le vol. La spirale est seulement quantitative ; si l'on y prend garde, on constate la possibilité d'une interprétation préférentielle : la nature du vol n'est pas fonction de l'objet dérobé, mais du seul acte de dérober, lequel ouvre le monde entier aux soustractions frauduleuses ; quand la digue a cédé, il n'est plus ni œuf, ni bœuf, toutes choses devenant équivalentes aux yeux du voleur, qui travaille à ne pas travailler, qui s'abaisse à ne rien élever - germe et bête adulte, c'est tout un. Le vol est par essence transgression de l'historicité d'autrui. Mais le proverbe ne parle que de vol, le reste est extrapolation. À partir de l'acception commune qui privilégie l'histoire propre du voleur - on commence, on ne s'arrête plus -, il devient possible à Mme Lepic d'effectuer le saut décisif à une autre qualification, et la plus grave encore, le matricide, qui se situe au-delà même de l'œuf initial. Qu'elle ajoute une suite au proverbe prouve la torsion qu'elle fait subir à la leçon dont il est gros, puisqu'en principe, ce type de formule, destiné à couper la parole adverse, n'a pas besoin d'une longueur de lame supplémentaire. Plus profondément, le radicalisme qualitatif dégagé pour la stricte exégèse du dicton est, en même temps que bouleversé, complètement déplacé, non du côté de l'objet - comme dans la transposition : on vole petit, puis gros -, mais du côté de la victime du vol. C'est que Poil de Carotte, fouillant dans la table à ouvrage, a volé sa mère - incertitude de l'objet direct, qui désigne le lésé aussi bien que la lésion - et tout est recentré autour d'elle, à présent : voler sa mère, l'assassiner, c'est tout un, temps et sang sont un détail, seul l'irrespect compte, Poil de Carotte atteint déjà le niveau de culpabilité maximale (206). Ainsi Mme Lepic peut-elle, sans mensonge, se prévaloir de l'ordre, puisqu'un petit désordre est obligatoirement tout le désordre, puisqu'elle n'établit aucune différence entre implication et équivalence, qu'elle nie hiérarchisation et proportionnalité, qu'elle fabrique enfin à son profit un système pénal archaïque, où prévaut la qualité de la victime. La main levée pour gifler est un couperet privé, dont la réalité dérisoire désigne comme simulacre de Droit toute la construction qui paraît en justifier l'usage. Voilà un néronisme bien lourd pour les épaules de Poil de

(204) Un personnage du film de Jacques Becker, *Goupi mains rouges* (1942), s'exprime uniquement de cette façon : aussi est-il appelé "Goupi-dicton".

(205) L'érudition romantique y trouva, avec Grimm, Michelet, Chassan, une mine de supputations sur l'équivocité poétique du Droit. Voir, récemment, A. Laingui, "L'adage, vestige de la poésie du Droit" in *Actes du Colloque de la Société d'Histoire du Droit*, (Louvain, mai 1988), p. 345/356.

(206) "L'Album" XXVII, I, 770, vaut pleine confirmation : "Si ton père n'était plus là, s'écrie Mme Lepic, il y a longtemps que tu m'aurais donné un mauvais coup, plongé ce couteau dans le cœur, et mise sur la paille". La gradation criminelle s'avère impossible à tenir plus de quelques mots d'affilée, signe de sa totale inconsistance. Que vaut la fonction tutélaire de M. Lepic, dans ces conditions ? Le père n'est plus que le garant de la non survenue d'un désordre aberrant. Il en sera question à nouveau ci-dessous.

Carotte. On se demandera si Renard, que sa mère obsédait, ne s'est pas complu malicieusement à surnommer sa fille Baïe, nom évocateur du lieu même où un centurion vint exécuter Agrippine.

## 2.2. STRATOSPHERE CIVILE

À l'étage au-dessus, le Droit civil qui, dans son compartiment familionormatif, enrobe brièvement et sans débauche d'inventions les relations parents/enfants. Que les enfants parlent ou non la bouche pleine n'a jamais gêné le législateur, en vertu du "De minimis..." Au vrai, le Droit français n'accorde pas plus de place à ces détails de puérile police qu'à la dispensation ou non d'une instruction religieuse. Pareille latitude permet les interprétations les plus extrêmes : ici, Dieu pèsera autant et moins qu'un acte de politesse apprise, là un système d'interdits originaux bénéficiera d'une garantie divine, ou remplacera la religion oubliée. Les articles 371 et suivants du Code civil, et surtout les trois premiers de la série, circonscrivent l'aire destinée à la transmission libérale de valeurs plutôt sommairement désignées. C'est qu'il n'y a pas péril en la demeure familiale, où l'on postule que tout parent est raisonnable, sans se donner les moyens de constater l'inverse ni d'intervenir en conséquence : au temps de Poil de Carotte, où tout était moins qu'aujourd'hui devenu Droit public, la stratosphère ne suppléait guère aux insuffisances de l'atmosphère (207).

### 2.2.1. L'article 373, exercice et non-exercice

L'exercice ordinaire de la puissance paternelle requiert deux conditions : que les parents soient mariés, assumant ainsi les obligations ordinaires qui découlent de la vie en commun, et que l'enfant soit mineur ou non émancipé. Le ménage Lepic offre, de ce point de vue, un aspect des moins originaux : M. Lepic est un père comme les autres, c'est-à-dire faussement seul. Le Droit ne connaît que lui, l'incitant à tout connaître de ses proches. La circonspection, plus que la première qualité du bon père de famille, est la vertu qu'un Droit donné exige de lui (208). Bien regarder autour de soi est une action continue, ce qui ne veut pas dire permanente. Fermer les yeux sur ceci ou cela, plus qu'une fatalité, doit être un art, à peine d'être une faiblesse. Enfin, la puissance paternelle s'alimente à un courant alternatif : l'imperceptible clignotement du phare économise au foyer une intolérable extinction des feux. Tout cela en théorie. Le M. Lepic de la fin du livre, avec "son visage dur, sa barbe épaisse [...], son front plissé, ses pattes d'oie" est encore remarquable par

---

(207) Toutefois, *Poil de Carotte* est chronologiquement situé après la grande loi du 24 juillet 1889, qui prévoyait, en faveur des "enfants maltraités ou moralement abandonnés" la déchéance de la puissance paternelle, mais avant celles des 19 avril 1898 et 15 novembre 1921, qui l'ont rendue plus praticable. Pour ces étapes législatives, on se reportera à Traizet, *op. cit.* et, au plus près de la période concernée par nos textes, outre Taudière, déjà cité, E. Cambon, *De la protection de la personne de l'enfant contre les abus de la puissance paternelle*, Lyon, Impr. Legendre et Cie, 1900, 378 p. ; M. Gastambide, *L'enfant devant la famille et l'État*, Paris, Arthur Rousseau, 1902, 348 p. ; Bourdeillette, *Les lois protectrices de l'enfance*, Laval, Impr. F. Salvan, 1907, 479 p. Il va sans dire qu'avec la famille Lepic, on est très en-dessous du seuil qui vaudrait aux enfants la protection des tribunaux, de même que la présence évanescence de M. Lepic ne ressortit jamais aux qualifications légales d'"absence" ni même d'"éloignement".

(208) *Le Guide du gendarme dans certaines circonstances de sa vie privée et de sa vie professionnelle* (s.l., édition 1981, 96 p.) porte encore de profondes traces de cette conception : "Vous devez [...] être conscient de votre responsabilité de chef de famille" (sic, p. 92) ; "Contrôlez les fréquentations de votre famille (femme et enfants)" (p. 24).

"ses paupières baissées qui lui donnent l'air de dormir en marche" (209). Où va-t-il de ce pas de somnambule, qu'a-t-il vu, que n'a-t-il pas vu, en a-t-il vu assez, qui a-t-il assez vu ? Du style qu'il confère à sa propre mise en suspens dépend l'efficacité de sa présence réelle. D'où une manière de ne pas être actuellement là, non pas véritable absence, mais plutôt détournement de présence, autre chose encore qu'une simple présence détournée.

Traduction la plus évidente : l'éloignement physique. Les "affaires" (210) de M. Lepic l'éloignent fort de la maison, lui donnant, à l'occasion, la possibilité de surprendre ses fils à la promenade de l'institution Saint-Marc. La pièce, sans préciser la nature de ces occupations mystérieuses, fait allusion à un procès interminable (211), dont la perte serait susceptible d'affecter gravement le bien-être familial. Quoi qu'il en soit, la position financière des Lepic n'est pas immuable, au moins pour cette génération-ci : elle est tributaire d'une action continue qui n'exclut pas un engagement dans des conflits d'intérêts assez rudes. Lorsque M. Lepic n'est pas auprès de ses enfants, et singulièrement de Poil de Carotte, ou bien l'autorité est, de facto, assurée par les maîtres de l'institution Saint-Marc, pendant l'année scolaire, ou bien elle l'est par Mme Lepic, été, Noël, Pâques. Sauf "Les joues rouges", tout le livre, et la pièce avec, se déroule pour ainsi dire "en permission". Le détail vaut la peine d'être rappelé, non seulement parce qu'il corrige l'idée un peu rapide d'un enfer familial perpétuel, mais aussi parce qu'il montre que Mme Lepic profite seulement d'une délégation d'autorité toute résiduelle. De ce que délaisse son mari, Mme Lepic n'obtient encore que le reliquat ultime, ce que la société scolaire abandonne - mais qu'elle pourrait aussi gérer, en cas de gêne financière des parents (212). M. Lepic a donc conscience que sa femme exerce une autorité très dégradée, non seulement diminuée et garantie par la sienne propre, mais de plus amputée de celle que la société l'oblige et à déléguer, et à garantir. Voilà le sens de la réponse qui lui vient aux lèvres, quand Poil de Carotte se plaint de sa mère : "Tu ne la vois que deux mois par an, aux vacances" (213). M. Lepic, homme d'extérieur, et très attaché à la réussite sociale de son fils (214), est naturellement porté à tenir le résiduel pour du négligeable, et le négligeable pour de l'inexistant. Il n'a donc ni le sentiment de la présence de Mme Lepic, ni celui de sa propre déficience : il ne ressent pas l'obligation de se présenter pour être. La paternité s'exerce depuis la périphérie, elle circonscrit l'aire familiale, elle ne la quadrille pas. Même présent, M. Lepic s'ajuste un masque d'indifférence, ou qui semble tel. Figure d'"étranger curieux" (215), qui promène sa paternité candide au milieu d'une activité psychologique à la lettre dédramatisée pour lui, puisqu'elle n'est productive de rien. Là où il n'y a pas travail - or on est en vacances, or Mme Lepic est une femme qui ne travaille pas -, il n'y a pas drame. Elle contrarie Poil de Carotte dans ses jeux, mais, au fond, en vacances, tout est jeu, même ce qui ressortit à autre chose qu'au ludique proprement dit, si bien que la guerre materno-filiale n'a pas vraiment plus de portée qu'un débat de préau (216). Puis Poil de Carotte, voué à l'humanité masculine, est nécessairement appelé à un degré de reconnaissance bien supérieur à celui que sa mère aura jamais atteint. S'il devient père de famille, il pourra imiter M. Lepic, et s'investir dans la désim-

(209) "Le mot de la fin", I, 763.

(210) "Coup de théâtre", I, 741 et II, 704.

(211) II, 693 et 709.

(212) I, 761 et II, 704.

(213) I, 761.

(214) I, 762 : "Me suis-je imposé pour ton instruction de grands sacrifices, afin que tu cloues des semelles ?" On remarquera au passage l'autocratie financière du bon père de famille : la famille, c'est lui.

(215) "Les poux", I, 714.

(216) I, 761 : "Tu oublieras ces taquineries", dit M. Lepic.

plication active : le journal, la chasse, les affaires. Sinon, il vivra comme fait son parrain, tranquille, jouissant paisiblement des enfants d'autrui, père et mère à la fois, taquin lui aussi, à ses heures.

Du reste, les "taquineries" de Mme Lepic, ou plutôt le fait de rebaptiser ainsi la constante persécution qu'elle exerce vis-à-vis de son fils, ne se comprend qu'en relation avec le mode de communiquer qui prévaut chez le parrain. De ce parrain, on ne sait rien, ni même s'il est ou non un parent éloigné. Il suffit qu'il soit, aux yeux de la religion, un substitut possible des parents, et aux yeux de Poil de Carotte, l'éducateur que le hasard eût pu lui donner. Investi d'une autorité coutumière, il est l'objet, dans la transcription scénique, d'un éclaircissement capital, en forme d'ajout : au retour de chez la nourrice, Poil de Carotte fut prêté quelques années au parrain, qui n'avait pas d'enfant (217). Mais jamais Poil de Carotte ne marque un quelconque désir de remplacer M. Lepic par son parrain : "Un parrain n'est pas un papa", dit-il dans la pièce (218). L'absence de Mme Lepic ne vaut pas d'être payée si cher. Poil de Carotte ne désire rien que d'ordinaire, il affirme un droit à la parentalité commune. "Ainsi son parrain le taquine toujours, mais Poil de Carotte averti ne se fâche plus, et cette manie du vieil homme complique à peine leurs relations. Quand il dit oui, il veut dire non, et réciproquement. Il ne s'agit que de ne pas s'y tromper" (219). M. Lepic, qui dit oui pour oui et non pour non, laisse pratiquer avec Poil de Carotte deux autres foncteurs d'assertion, l'un aléatoire, Mme Lepic, l'autre inversé, le parrain. C'est exactement à quoi se résume la tolérance du père, du moins à ses yeux : une pratique langagière locale, dégénérative, temporaire, que le seul état scolaire ridiculise - bref, un langage privé et privé d'avenir. M. Lepic a fait une croix sur la vie intérieure. Paradoxalement, l'existence du parrain justifie l'inertie du père. M. Lepic ne se repose sur personne - et surtout pas sur une proximité consacrée par la seule religion (220) - de ses prérogatives paternelles. Le parrain est de ces gens qui, par leurs manières fantasques, créent dans les familles un précédent caractérogique bien commode pour d'autres humeurs authentiquement caractérielles. Mme Lepic agit donc aussi à l'ombre du parrain, et en tire quelque impunité, voire des occasions de persécuter (221). Qu'est-ce alors que la pater-familiarité, pour M. Lepic, sinon une économie dénotative carrée et exempte de ruse, d'où sont bannis les sous-entendus, les antiphrases, les chausse-trapes ? Campé sur la positivité communicationnelle, M. Lepic, en tant que père, n'établit pas de différence entre l'aléatoire, indécodable, et l'inversé, décodable, renvoyés l'un et l'autre aux bluettes de la frivolité non paternelle, et donc incapables d'entamer le vrai langage, le vrai père. Son indifférence fait, malgré tout, la différence. Le père de famille est rendu solitaire par le doigt pointé du Droit, la deixis juridique, qui renvoie les autres membres de la famille à son administration compétente, aux ténèbres privées - celles justement qu'éclaire la morale compatible avec le Droit planant, économe de fréquentations. Alors, de deux choses l'une : soit le père de famille invente ou reproduit en dessous de lui une régulation active des rapports entre les gens dont il est responsable, auquel cas il court le risque d'apposer son estampille sur la mise en ondes des névroses familiales ; soit il se contente de la générosité du législateur, et se replie sur la ligne de crête de la puissance paternelle, sans jamais jouer les gardes-chasse dans les sentiers en contrebas. M. Lepic ne procède pas autrement. On dit

(217) Une autre version du même passage donne : "C'est ton parrain qui t'a élevé, ce n'est pas nous. Tu étais déjà grand quand je t'ai connu" (II, 1042).

(218) II, 713.

(219) "Parrain", I, 729.

(220) M. Lepic deviendra, au fil des deux pièces, un anticlérical fervent.

(221) La pièce d'argent "perdue" avait été donnée à Poil de Carotte par son parrain.

parfois que le silence qui suit la musique de Mozart est encore de Mozart : on dirait tout aussi bien que le silence du Droit appelle, dans certains cas, comme ici, la continuation du Droit par d'autres moyens. Or le père de famille est le prolongateur attiré - du fait même de son titre - du Droit qui paraît s'arrêter à lui, et, pour lui, ne connaît que le Droit positif, c'est presque méconnaître le Droit. Rien que le Droit, plus de Droit du tout, rien qu'un pavillon sur une marchandise avariée : *summum jus, summa injuria*, plus le Droit vient du dessus, plus grand est le tort ; Droit de crête, Droit de douleur. Plus qu'un autre, M. Lepic est anesthésié par le molleton isotherme de la couverture juridique, sous laquelle peuvent couvrir à leur aise des moiteurs monstrueuses, tant qu'elles n'attaquent pas le tissu supérieur par quelque fermentation délétère. Pour ce positivisme juridique court, sourd et aveugle, toutes choses sont égales dans le non-Droit, surtout quand on a révoqué la religion sans convoquer une ferme morale de tous les jours. Les individus juridiquement dominés, pour ne pas dire incapables, sont a priori renvoyés dos à dos.

D'où d'étonnantes symétries, Mme Lepic et Poil de Carotte invoquant tour à tour, et dans des circonstances différentes, la protection du chef de famille (222), d'où surtout de complètes perversions du circuit de l'autorité, dont la plus flagrante est sans doute cette fonction de trait d'union que Poil de Carotte assure entre père et mère, par exemple lorsqu'il porte à Mme Lepic une chemise à raccommoder, visiblement sans mot dire, économisant ainsi à M. Lepic une dépense de paroles à laquelle il lui déplaît de consentir au bénéfice de sa femme. Ce que le mari devrait communiquer à l'épouse, il le détourne sur celui de ses fils qui est réputé par sa mère ressembler le plus à l'épouse. Il accorde ainsi à Poil de Carotte une part du statut de Mme Lepic, et n'est plus père de famille qu'au regard des tiers, de ce tiers établi - et établissant - qu'est la société : car, dans son foyer, M. Lepic est devenu incapable de seulement donner du pain, de la main à la main, à sa femme qui lui en demande (223) - bref, de partager le pain de ménage. Renard tenait très fort à l'expression paroxystique d'une déviation de l'influx pater-familial, au terme de laquelle M. Lepic se fût annulé comme mari, et de la façon la plus complète : "*Poil de Carotte*. Tout de même, je n'ai pas osé tout écrire. Je n'ai pas dit ceci : M. Lepic envoyant Poil de Carotte demander à Mme Lepic si elle voulait divorcer, et l'accueil de Mme Lepic. Quelle scène !" (224). Que serait-il resté de la dignité paternelle, et même de Poil de Carotte ? À la lettre, un pareil épisode eût pris valeur d'apocalypse familiale. Or la force du livre est de laisser apercevoir la conquête d'une liberté désabusée, propédeutique à une existence comme celle de tout le monde, sans bonheur, sans révoltes - rien de commun avec une problématique gidienne, par exemple.

À son père qui, dans la pièce, lui parle et l'écoute, Poil de Carotte marque ainsi sa reconnaissance : "Tu veux bien me répondre, au lieu de m'accabler de ta puissance paternelle" (225). Id est : l'exercice ordinaire de 373 C.C. commence, aux yeux de celui qui y est soumis, par le silence du père (226), par un refus de se livrer

(222) "Le mot de la fin", I, 761 : "Certainement, je n'aurais qu'à moucharder, tu me protégerais", et la pièce (II, 709) : "Tu vois bien que je saurai te protéger" - "Merci, papa. - À ton service". Voir aussi supra, note 206.

(223) "La mie de pain", I, 680/681. De son côté, quand Mme Lepic veut renseigner son mari sur la cherté du panier de la ménagère, elle parle au chien, qui n'est évidemment pas un sujet de Droit.

(224) *Journal*, p. 1093.

(225) II, 712. "Pour ce qu'elle me rapporte !", répond M. Lepic, visiblement peu conscient de l'enjeu et toujours autant tourné vers soi seul. Mais Poil de Carotte veut ici quitter la maison paternelle, et il a l'air de savoir que 374 C.C. exige l'assentiment du père.

(226) Dans la pièce, Poil de Carotte, renseignant Annette, la nouvelle bonne, lui dit que M. Lepic n'a de langue que pour son chien, à la chasse. "Il n'en a pas pour la famille" (II, 693). La langue paternelle reconduirait-elle au temps mythique où les bêtes parlaient ? Toute autre langue que maternelle

aux moindres justifications, qui laisse à la longue planer le doute sur l'existence même de motifs raisonnables. Mme Lepic, quand elle interdit à Poil de Carotte d'accompagner M. Lepic à la chasse (227), n'est pas très éloignée de cette rétion systématique, mais elle parle, et sa tyrannie ne s'exerce jamais dans le silence. C'est là qu'apparaît nettement l'énorme différence entre le livre et la pièce que Renard en tira. Dans le livre, M. Lepic n'est pas homme à établir avec son fils un libre dialogue, où sont échangées des confidences de poids - famille, divorce. Il ne prend pas non plus clairement au sérieux les plaintes de Poil de Carotte, et quand il avoue ne plus aimer sa femme, fait la mine d'un homme qui regretterait d'en avoir trop dit. À côté de cela, l'adaptation théâtrale prend un air de déballage complaisant, où un M. Lepic plus fragile se montre prêt à amender sa pratique de la paternité (228), par exemple en restituant à Poil de Carotte son prénom de François, chose parfaitement unimaginable dans la perspective du livre, qui exclut d'avance la péripétie ultime de l'enfant retrouvé. Le choc consécutif à la mort de son propre père pouvait conduire Renard à un adoucissement du trait. On peut aussi trouver d'autres raisons. La pièce de théâtre, née dans le sillage d'un livre dont elle suppose malgré tout la connaissance, puisqu'elle en récupère peu ou prou le public, est la version optimiste des rapports père/fils déjà décrits par ailleurs. De ce fait, elle relègue au second rang les relations mère/fils sur lesquelles le livre mettait surtout l'accent. En d'autres termes, la pièce redistribue la matière dramatique. Dans le livre, Poil de Carotte découvre juste les décombres du couple parental au-dessus de son enfance abîmée, et tout s'arrête là. La complicité, très retenue, du père et du fils malheureux, n'est grosse d'aucun bonheur à venir. Mme Lepic reste la "mauvaise femme" dans la maison qui brille de l'autre côté de la nuit. Au théâtre, M. Lepic aide son fils à trouver avec Mme Lepic un *modus vivendi*, en lui suggérant de reproduire avec elle sa propre attitude, "celle d'un homme", dit Poil de Carotte, qui n'a pas d'autre référence. Supporter, résister, surtout se taire, bref apprendre avec la mère à exercer le pouvoir marital qu'il faudra bien endosser un jour, s'agissant d'une autre (229). En ce sens, la pièce de théâtre ouvre sur une subversion - conforme à l'"ordre" conjugal de l'époque - alors que le livre s'achève sur une révolte dont la force se perd dans une commune absence de bonheur. Finalement, la pièce optimise l'avenir du phénomène famille, quand le livre en désespérait plutôt, ou tout au moins laissait le lecteur sur une impression fort noire. Ainsi la pièce est plus pragmatique - ce qui ne signifie pas plus réaliste. Elle débouche sur un calcul de concessions intéressées, répudiant du même coup un radicalisme et une esthétique du silence ou de la dénégation. Il ne faut pas chercher ailleurs la justification des passages explicitement juridiques qu'elle recèle, et qui sont encore latents dans le livre. La question ultime vers laquelle convergent tous les segments de récit et de dialogue relatifs à l'exercice de la puissance paternelle, est au fond celle-ci : quelle consistance attendre de ladite puissance dans un contexte familial qui montre l'affaiblissement d'une moitié de l'article 213 - la femme doit obéissance au mari ? Car M. Lepic se borne à une pratique minimale de son autorité maritale : il ne gouverne pas sa femme, mais se contente de n'être pas gouverné par elle, et la lettre du Droit suffit pour cela. Au

---

confirme, comme dit Mme Lepic, à la dénaturation. Voilà aussi pourquoi il ne faut pas aller à la chasse avec M. Lepic.

(227) C'est la matière de "Coup de théâtre", qui fera une bonne partie de l'argument de la pièce.

(228) Pierre Brisson, *Le Temps*, 5 juin 1933 : "Lorsqu'il écrivait pour le théâtre, il se croyait obligé à un peu plus de tendresse, et il mêlait quelques tons roses aux couleurs de sa palette. On observe cela pour Poil de Carotte, où il édulcore, à la scène, le personnage de M. Lepic et lui humecte les paupières".

(229) Le M. Lepic de *La Bigote* (1909) prévient son futur gendre : on ne sait jamais ce qu'une femme peut devenir pour son mari. Si Mme Lepic est une ancienne Henriette [Ernestine], il y a toutes chances pour que l'inverse soit vrai.

total, il laisse le Code civil être mari et père (230) à sa place, mettant la famille en pilotage automatique. Le voyage continue, mais tout le monde a mal au cœur.

### 2.2.2. L'article 371, observation et non-observation

Immuablement en tête du titre IX du Code civil depuis 1804, et ce, malgré la transformation récente de la puissance paternelle en autorité parentale, la phrase : "L'enfant, à tout âge, doit honneur et respect à ses père et mère". On est enfant sa vie durant, quand on a été l'enfant de quelqu'un, et tant que ce quelqu'un est en vie. Bien sûr, "enfant" est le mot neutre où se confondent les filles et les fils, indiquant clairement le premier degré de la parenté descendante. Le Droit connaît donc des enfants à jamais sortis de l'état d'enfance, qu'il reconnaît par ailleurs. Mais, qu'ils meurent pour la mère patrie, qu'ils visitent leurs vieux parents, ou reçoivent une éducation, les "enfants" ont tous en commun un certain "manque à exprimer". L'âge pré-langagier de l'"infans", la crainte révérencielle, le bœuf sur la langue, la discrétion, l'abnégation patriotique (231), cultivent en commun, sinon le silence, du moins un évitement ou forcé, ou consenti, de ce qui compte - conversations d'adultes - ou de ce qui dérange - sujets de conversation. Au fond, l'article 371 crée les conditions du civisme familial (232) en instituant un tour de parole. En pratique, le descendant du premier degré est tenu de se conformer à ce qui lui est prescrit dans le cadre de la puissance paternelle, tant qu'il est mineur ou non émancipé, ce qui signifie obéir et ne pas agresser ; pour le majeur et l'émancipé, il ne s'agit plus que de faire preuve de bonne éducation envers ceux de qui l'on tient, ou de qui l'on aurait normalement dû ou pu tenir cette éducation même. Clause éminemment morale, qui paraîtrait aller de soi, mais qui prépare d'éventuelles obligations alimentaires. En outre, elle émet une onde récurrente en direction de la partie de l'existence soumise à la volonté paterno-parentale. Si la majorité ou l'émancipation mettait légalement fin à tout devoir vis-à-vis des parents, elles ne prendraient que trop l'allure d'un signal juridique propice à toutes les révoltes ou à toutes les indifférences. D'autre part, affirmer l'existence d'un respect d'adulte à adulte permet d'envisager et de faire envisager l'obéissance du mineur sur un mode plus digne que la servilité. Au bout du compte, l'article 371 infantilise moins l'adulte qu'il n'installe l'enfant dans une perspective diplomatique déjà au-dessus de son âge, puisqu'elle est destinée à durer des décennies, et éventuellement à être imitée avec les aînés en général, les supérieurs, tout le monde enfin si l'on est "bien élevé". Les tenants des "Droits de l'enfant", qui commencent à battre en brèche cet article, pourraient bien en avoir minimisé la portée pédagogique.

Dans *Poil de Carotte*, la transgression plus ou moins nette de l'article 371, qui n'est jamais invoqué à la lettre, est évidemment fonction de la manière dont il est respecté. D'Ernestine, rien à dire : avec elles, les relations sont un archétype de paix familiale. A-t-elle seulement dérangé ses parents un jour, ou l'ont-ils jamais dérangée, elle ? Il en va un peu autrement de Félix, que craint Mme Lepic. "Quand elle veut donner une correction à mon frère, dit Poil de Carotte à son parrain, il saute sur un manche à balai, se campe devant elle, et je te jure qu'elle s'arrête court.

(230) On sait que, pour *Poil de Carotte*, un père est "un bon papa" (II, 712). M. Lepic, à qui il dit cela, quoique "piqué", est bien forcé d'en convenir. Mais qu'est un bon mari pour Mme Lepic ?

(231) Robert Lynen (1921-1944), qui débuta à l'écran en interprétant le rôle de Poil de Carotte sous la direction de Duvivier, mourut fusillé par l'occupant. Son héroïsme est de n'être jamais sorti de l'enfance, tout en demeurant le prototype de l'enfant de parole du cinéma parlant en enfance.

(232) L'oxymore peut surprendre ; mais on parle bien d'"économie politique". Dans le cas du civisme familial, il y a réciprocité : civisme au sein de la famille, et familiarité au sein de la nation.

Aussi elle préfère le prendre par les sentiments" (233). La même confiance est adressée, dans la pièce, à M. Lepic, en qui commence, significativement, à se résorber le personnage du parrain. Les conseils du parrain et du père sont interchangeables : "Tu devrais essayer du balai, Poil de Carotte", "imite ton frère...défends-toi" (234) - mais, comme toujours, à une œuvre de distance. On n'imagine pas le M. Lepic du livre suggérer à son cadet l'irrespect - relatif - de la mère. Tout au plus se contenterait-il de ne pas voir ce qui crève les yeux de n'importe qui. Le cas de Félix est très ambigu et met en lumière une difficulté fondamentale. Ce n'est pas en effet qu'il refuse l'autorité maternelle, puisque Mme Lepic conserve, pour l'amener à ses vues, la ressource du discours persuasif. Mais Félix ne supporte pas les coups comme instrument de cette autorité. Félix n'est pas un enfant rebelle, ni épris de vengeance. Adolescent, il contraint sa mère à négocier l'exercice du pouvoir, lequel cesse donc d'être absolu. Si le respect dû par les enfants demeure légalement tel quel, l'autorité coutumière de la mère, comme d'ailleurs la puissance paternelle dont elle se nourrit juridiquement, est destinée à s'éteindre. Or cette extinction se fait, d'après les textes, d'un seul coup, avec la majorité ou l'émancipation. Dans la pratique, elle évolue selon les protagonistes : tel quadragénaire continuera à courber la tête, tel adolescent exigera des égards. Le cas le plus commun demeure l'adaptation progressive des parents à la croissance de leur progéniture, ce qui implique un amenuisement raisonné de l'autorité, lequel commence avec la sélection des moyens, continue avec celle des zones d'influence, et s'achève aux alentours de l'autonomie réelle (235). Félix est en bon chemin : on ne lui fait pas ce qu'on veut (236), il fera un jour ce qu'il veut. Heureux Félix (237) ! Avec lui, le foyer Lepic ne sort pas d'une banalité des plus rassurantes. La différence avec Ernestine tient à sa masculinité, plus revendicative que la féminité de l'époque. Mais elle a une conséquence immaîtrisée : Félix fournit à Poil de Carotte un terme de comparaison, une grille de lecture qui permet au benjamin de situer sa propre marginalité. Poil de Carotte est "hors texte" : s'il revient, ce sera en force. La volte-face de Poil de Carotte, qui refuse de servir sa mère la seule fois où Mme Lepic s'adresse à lui avec suavité - "Mon petit Poil de Carotte chéri, tu serais bien mignon d'aller me chercher une livre de beurre au moulin. Cours vite. On t'attendra pour se mettre à table" - est d'abord susceptible d'une interprétation minimale, comme un alignement du fils cadet sur la position de l'aîné. C'est d'ailleurs ainsi que l'entend Félix : "Hier, il le méprisait, le traitait de poule mouillée. Aujourd'hui, il l'observe en égal et le considère. Il gambade et s'amuse beaucoup". Mais tout change très vite dès l'entrée en scène, silencieuse, de M. Lepic : "J'irai pour toi, pour toi seulement", dit Poil de Carotte. "Je refuse d'y aller pour ma mère". Mme Lepic parlait juste avant d'une "révolution", de "la fin du monde renversé" et en effet quelque chose marche maintenant en sens inverse, ou plutôt redressé. C'est la fin de la préférence affichée de Poil de Carotte pour sa mère, le glas d'une clause de style imposée par d'indatables conventions familiales, qui recouvrent elles-mêmes de

---

(233) "La fontaine", I, 731.

(234) II, 707.

(235) Il va de soi que le recul régulier de l'autorité constitue l'une des charges inhérentes à la puissance paternelle, pilote de sa propre résorption.

(236) Il refuse d'aller "fermer les poules" (I, 661), dès les premières lignes du livre, ou ne craint pas de se verser sur la tête une carafe d'eau pour diluer la pommade dont Ernestine a enduit ses cheveux avant de partir à la messe : "Quel type ! se dit Poil de Carotte, immobile d'admiration. Il ne craint personne, et si j'essayais de l'imiter, on rirait bien" ("La mèche", I, 683/684).

(237) Cependant, il est "pâle, indolent et poltron" ("Les poules", I, 661).

douloureux rapports de force (238). Le reniement de Mme Lepic - "Mauvaise femme te voilà complète. Je te déteste" (239) - ne va si loin qu'en raison d'un alignement psychologique profond, du fils sur le père cette fois, le fils se sentant dispensé de respecter une mère qu'il n'aime plus dès l'instant où il sait qu'elle a perdu l'amour de son mari. L'article 371 cesserait-il de jouer lorsqu'apparaît un trouble sous-jacent aux articles 212 et 213, trouble qui justement réduit à ces deux seules dispositions légales la matière de la vie conjugale ? Sans l'amour, il ne reste plus que le Code, c'est-à-dire un corpus de généralités où aucune spécificité affective n'est reconnaissable : le Code n'a pas de mission substitutive, et Poil de Carotte, qui ne comprend pas encore que l'intérêt social peut perdurer lors même que l'intérêt affectif s'est évanoui, jette pour ainsi dire le bébé avec l'eau du bain, les garanties normatives avec leurs premiers substrats subjectifs, sans égard pour des données de fait liées entre elles, et plus ou moins irréversibles (240). M. Lepic pointera du doigt ce manquement à 371 C.C., qui est en vérité un saut dans l'illégalité totale : "Tais-toi [...] c'est ta mère, après tout". Rappel à l'ordre social, et aussi à l'ordre biologique : Poil de Carotte procède à jamais de sa mère, aussi, il est d'elle, et M. Lepic l'avertit du danger qu'il court à basculer, en une soirée, de l'exagération materno-génétique subie, à l'outrance paterno-génétique revendiquée. L'idéal est certes de ne pas aimer davantage l'un que l'autre - de les aimer autant, non de les détester également, comme le suggère malignement la formule ambiguë de l'"Album", XVII -, mais encore faut-il se sentir aimé à part égale par des parents qui traitent au surplus leurs enfants avec égalité. Si ce n'est pas le cas, autant se contenter des sécurités minimales que propose 371 C.C., à charge de revanche puisqu'un effet d'ascenseur rendra peut-être un jour Poil de Carotte bénéficiaire de la contrainte de respect, s'il est père mal aimant, mal aimé. "Oh ! répond Poil de Carotte, redevenu simple et prudent, je ne dis pas ça parce que c'est ma mère", derniers mots avant l'"Album", et qui font se refermer les aventures de Poil de Carotte sur l'absolu scandale du renversement des valeurs : l'enfant jamais câliné (241) s' imagine pour de bon que la détestation et les formules qu'elle suggère sont l'état normal de l'affectivité filio-maternelle, si bien que l'enfant hors-texte est un enfant hors-la-loi, légitime autant qu'on peut l'être, mais foncièrement illégaliste. Poil de Carotte n'a que faire d'un Droit qui ne connaît ni bons papas ni bonnes mamans (242), qui laisse l'authenticité affective en dehors de son champ propre, en raison d'un réalisme et d'un libéralisme encore difficiles à expliquer simplement - ce que M. Lepic ne tente pas de faire. Au total, Poil de Carotte demeure incapable de tracer une frontière entre le respect apeuré, qui jusque-là a été le sien, et le respect raisonné, que la société attend de lui. Son for intérieur est encore trop tendre : il lui faudra apprendre à se contenter d'une boulette de pain jetée à travers la table comme marque de mépris maximale (243).

(238) Le décret de ressemblance, émané de Mme Lepic, emporte la préférence du fils pour la mère (aussi contournée que la prédilection de Mme Lepic pour Poil de Carotte), en signe d'adhésion à la thèse maternelle : jeu parthénogénétique, qui s'efforce, sans y parvenir, d'éliminer un mari avec qui tout est fini. "Tu m'agaçais avec ta petite préférence. Tu avais beau ne pas savoir ce que tu disais" fait M. Lepic dans la pièce (II, 715).

(239) "Le mot de la fin", I, 763.

(240) L'état conjugal peut cesser, mais la co-parentalité subsiste.

(241) L'"Album", XVI, I, 767.

(242) La pièce d'abord, le film ensuite, insistent sur la formulation. Duvivier en a tiré une séquence extraordinaire où Poil de Carotte, rendu fou de douleur par le spectacle de l'amour parental étalé çà et là, fouette méchamment le cheval de la charrette qu'il conduit, et provoque une course effrénée à travers la campagne.

(243) Ce que fait, à table, M. Lepic à sa femme qui vient de lui demander un peu de mie de pain. Ce n'est plus le respect, ce n'est pas encore l'injure grave au sens de 231 C.C. Du reste, le Code ne requiert pas le respect entre époux.

Déjà (244), Poil de Carotte s'est livré, devant père, mère, frère et sœur, à une sorte de critique de la raison affective. À le suivre, la parenté, involontaire, fortuite, n'entraîne à elle seule qu'une affection "banale, d'instinct et de routine", tandis que l'attachement voulu, raisonné, "logique" - Poil de Carotte insiste sur le mot - découle d'attitudes positives au cœur de la famille : amitié du père, protection du frère, soins de la sœur. Logique toute pavlovienne, au fond, et qui n'est pas sans paradoxes, puisqu'elle revient à opposer une autre animalité à la méchanceté animale de Mme Lepic. Quand Poil de Carotte affirme que pour lui "les titres de famille ne signifient rien", il réfuse en bloc tout ce qu'apporte la relation de parenté, tout ce qui la différencie des autres rapports individuels, et plus particulièrement le fait qu'elle permet de surmonter des obstacles qui, dans un autre contexte, seraient infranchissables. En somme, Poil de Carotte revendique, dès avant la révolte, le droit à l'oubli des liens du sang, et s'installe dans une problématique d'adoption réciproque (245), mais sans irrévocabilité, et toute coutumière. En faisant dépendre les états de père et mère des figures de bon papa et de bonne maman, il imagine entre les articles 373 et 371, entre la puissance et le respect, une sorte d'article intermédiaire qui fixerait le comportement des parents, une obligation légale de bonté que, même dans la perspective de la protection de l'enfance, le législateur est bien incapable de formuler aussi précisément. En outre, l'insignifiance des "titres de famille" est lexicalement liée au patrimoine, réduit à l'état de papiers inconsistants si aucune propriété réelle n'est par eux garantie. Poil de Carotte envisage clairement de définir, à l'aide de signes indubitables et tangibles, la valeur du capital affectif dont il peut s'estimer bénéficiaire parmi les siens. On ne le paiera plus de mots, l'inventaire des vraies richesses est en cours, et tous sont avertis que ce sera donnant-donnant. Au moment même où il semble que Poil de Carotte fasse complètement fi de la légalité familiale, il est en train de l'aligner sur une comptabilité qui ressemble à un début d'exposé de Droit des biens. La pièce ménagera une symétrie à cette structuration économique, en insistant beaucoup sur le fameux procès dont les soucis empêchent plus ou moins M. Lepic d'être un vrai bon papa : on pourrait être ruiné un jour (246), et il faut malheureusement choisir entre le "bon père de famille", comptable des biens à ses héritiers, et le "bon papa", entre les patrimoines matériel et affectif, entre le référençant et le référencé. La fin de la pièce montre que sont sauvés un maximum de meubles et d'immeubles -, celle du livre laisse les comptes en suspens : la vie de famille est un audit infini. Tout cela aboutit à la possibilité, pour l'enfant, de dénoncer unilatéralement le lien filial, de proclamer dans son coin la ruine et la déchéance du père ou de la mère et, pourquoi pas, celles du frère ou de la sœur. L'étrange n'est pas que Renard fasse naître dans la cervelle tourmentée de son malheureux héros ces "idées de l'autre monde", comme dit si justement Ernestine, qui flaire là une tentation d'antisociété, mais que M. Lepic, qui, dans le livre, réagit en bon père de famille à ces allégations outrancières, se laisse faire la leçon dans la pièce. Mais, entre l'un et l'autre, Poil de Carotte est décidément devenu adolescent (247), et donc parvenu au moment où tous les reniements sont envisageables, à défaut des dessaisissements. Il est alors en mesure d'inspirer à son père une crainte beaucoup plus grave que celle qu'éprouve Mme

(244) "Les idées personnelles", I, 754/756.

(245) Dans la pièce, il sera l'"enfant retrouvé" de M. Lepic (II, 715), qui admet l'hypothèse de l'amitié paternelle : "Sois l'ami de tes enfants. J'avoue que je n'ai pas su être le tien" (II, 713), alors qu'il la réfuse implicitement dans "Les idées personnelles". Pourtant, il finit par en suggérer timidement la possibilité, sous forme de clause de style, ("Poil de Carotte, mon ami") dans "Le mot de la fin", I, 762.

(246) II, 709. À cette éventualité, Poil de Carotte oppose un "ça m'est égal" péremptoire.

(247) Chez Duvivier, il est petit garçon : Robert Lynen a onze ans quand il interprète le rôle.

Lepic devant Félix : ne conserver son fils qu'aux yeux de la loi, c'est-à-dire à peine aux yeux de ces autres dont, à l'instar de sa femme, le jugement lui importe tant. On peut du reste comparer les réponses qu'apporte le M. Lepic du livre à deux sollicitations provocatrices différentes. Et d'abord, une démonstration archéo-familiale qui clôt l'exposé des "idées personnelles" de Poil de Carotte sur les "titres de famille" : "Si défunt votre grand-père m'avait entendu débiter le quart de tes balivernes, il m'aurait vite prouvé par un coup de pied et une claque que je n'étais toujours que son garçon" (248). Entendons que la génération précédente - c'est du reste un topos du discours parental - ne s'embarrassait pas de raisons, prouvait manuellement l'autorité, et comprenait la puissance paternelle de si vigoureuse façon que, pour l'exercer à présent, il suffit souvent d'en évoquer verbalement le souvenir (249). L'article 373 remet 371 en honneur, si l'on peut dire, par tautologie : le père affirme son "titre" en montrant qu'il est celui à qui la loi confère l'exercice de la puissance, sans considération pour les qualités d'"ami" ou de "papa". Âge d'or - et de silence (250) - où le Droit et les mœurs semblaient ne faire qu'un, au point qu'on ne parlait pas de Droit, mais qu'on vivait sans et selon lui, qu'on le vivait, enfin. Autre coup de canif dans le respect, mais accidentel et sans implications théoriques, le jour où Poil de Carotte, taquiné depuis le matin par son père, lui lance "cette énormité" : "Laisse-moi donc tranquille, imbécile !" (251). M. Lepic "le regarde longuement, longuement" et ne fait pas le signe sur lequel Poil de Carotte est "prêt à rentrer dans la terre" : il suspend l'usage évident d'une force qu'on sent de nature autre que physique, il épargne à son fils l'auto-ensevelissement par quoi le surnom ridicule serait définitivement justifié (252), il lui fait grâce (253). Traité comme on ne traite pas un père, donc nié comme tel, il réaffirme d'un seul coup sa paternité en ne s'accordant pas la facilité d'une réciprocité douloureuse. Il reconnaît son fils en lui indiquant, par son silence, qu'il connaît sa blessure, et qu'il ne la sollicitera pas, bref, que son fils est son œuvre continuée, donc, le cas échéant, préservée.

Poil de Carotte Brutus ? La référence à l'illustre modèle s'avère particulièrement complexe dans le passage où elle est mise en évidence. Si Poil de Carotte n'est pas premier en composition française, il dit à M. Lepic qu'alors il pourra s'écrier, comme Brutus : "O vertu ! tu n'es qu'un nom" (254). Le reste de la famille a mal saisi la scène - sauf Félix - et Mme Lepic exige un "bis". Poil de Carotte s'exécutera de mauvaise grâce, en geignant ; Félix recommence, et le dernier mot revient à Mme Lepic, pour moquer la "touche" de la "petite brute". Tout se rassemble : le suicide, avec la mort du héros ; la rhétorique, avec le complexe Brutus/Cicéron/composition française ; l'amitié du père.

Point d'orgue, en quelque sorte, où se conjuguent les distances affectives et culturelles qui préludent à l'exil définitif de Poil de Carotte. Désireux d'en finir avec sa mère, il s'éloignera seulement de son enfance maternisée (255), réduisant ainsi mieux sa mère à ce qu'elle est, une terreur d'enfant. Il reste que Brutus n'est pas

(248) I, 755.

(249) Mme Lepic est alors implicitement désignée comme l'actuelle dépositaire des modalités de l'ancien exercice de la puissance paternelle, puisqu'elle frappe Poil de Carotte, et en ferait bien autant à Félix. Ce matriarcat, présenté comme un patriarcat rétrograde, qui n'est plus acceptable que s'il est fabuleux, est donc sans avenir.

(250) "Il vaut mieux te taire", dit M. Lepic en allant se coucher. Ce sont aussi les dernières paroles paternelles avant la révolte. Sous-entendu : comme je fais.

(251) "L'Album" XXIX, I, 770.

(252) Équivalent dans la pièce : le retour au nom de baptême.

(253) Et, en l'occurrence, ne l'accable pas de sa puissance paternelle, pour reprendre une formule employée dans la pièce.

(254) L'anecdote vient de Dion Cassius, 47, 49.

(255) Le livre et la pièce s'accordent au moins sur ce point ultime.

Néron, et qu'il met en cause l'existence du père, non celle de la mère. Comment s'accommoder de cette distorsion ? Il y a deux choses à considérer : l'acte brutien vise un père adoptif, en même temps qu'un détenteur d'autorité. À chercher le père substitutif de Poil de Carotte, on ne trouve que ce fameux parrain, médiocrement apprécié de Mme Lepic, et à qui la pièce fait prêter Poil de Carotte par ses parents, quand il a quitté la nourrice. Or la négation du parrain, fût-elle opérée en son absence, allusivement, ou plutôt déductivement, a ceci de fécond qu'elle permet, in fine, de remettre en selle M. Lepic, père authentique, avec lequel va pouvoir s'instaurer désormais la complicité maximale, centrée sur l'aveu d'un amour inexistant. Car, lorsque M. Lepic se résout à la confiance du mari au moins indifférent, il est à cent lieues de traiter Poil de Carotte comme ses frère et sœur, qui demeurent privés d'une telle information privilégiante. Brutus retrouve son vrai père. Il est vrai qu'il était le seul de la famille à l'avoir un peu perdu de vue. Ipso facto, le parrain reprend une place que peut-être il ne savait pas avoir quittée. Et il n'en va pas autrement de Mme Lepic, antithèse du parrain dans un régime en passe de tomber. On assiste à la fin des deux simulacres parentaux, le bon (qui était le plus faux) et le mauvais (qui était le plus vrai). Dans la mesure où elle s'est arrogé le plein exercice d'une autorité qui, en principe, appartient au père, elle ne peut la perdre qu'au prix d'une révocation globale, "voulue", "raisonnée", "logique", dirait Poil de Carotte, acteur unique d'un mini-complot. Alors M. Lepic, véritable dépositaire de la puissance, est la République que l'on défend contre une entreprise de subversion interne. Mme Lepic est césarisée ; son fils cadet lui rouvre le ventre d'un "non", la refaisant mère au prix d'une douleur sans égale, et pour une dernière fois. Rien d'étonnant si, plus tard, son mari justifie, au théâtre (256), les valeurs laïques d'une Troisième République fort batailleuse. Plus modestement, Poil de Carotte se contente de faire le Brutus en ce qu'il réalise son illégalisme de maintenant dans la recherche de la légalité d'hier et de demain, celle d'avant la chute : l'insurrection est le plus sacré des devoirs - fussent-ils "de vacances" (257).

Poil de Carotte, à la scène, définit ainsi la famille : "Une réunion forcée... sous le même toit... de quelques personnes qui ne peuvent pas se sentir" (258), alors qu'elle devrait être, selon lui, "à notre choix, ceux que nous aimons et qui nous aiment". Conclusion : "Pauvre papa ! ...Pauvre maman !" (259) qui ont contracté des obligations non révisables. L'engagement familial, à la différence de sa version étroitement conjugale, est irrévocable, et qui renie, se renie, sans rien défaire. Poil de Carotte, qui sera "un homme", doit s'accepter comme fils d'une mère tolérée par un mari qu'elle supporte, mari dont lui-même s'accommode comme père en médiocre ménage avec une femme aimant mal un enfant qui le lui rend bien. On n'aime ou on ne déteste pas un parent isolément, on s'engage en même temps dans l'acceptation ou le refus des relations qui, d'un parent à l'autre, retournent immanquablement vers soi. Toute fragmentation analytique du lien familial est donc abusive en ceci qu'elle occulte plus ou moins le travail de totalisation fluctuante - évoluant au gré des besoins et au fil du temps - mis en œuvre dans chaque dialogue. Découvrir la charge polylogale du dialogue est la chance du Poil de Carotte des tréteaux, qui peut

(256) Dans *La Bigote*.

(257) Mme Lepic ne s'y trompe pas : "Voilà une révolution", s'écrie-t-elle devant l'opposition déterminée de Poil de Carotte ("*La révolte*", I, 759). Révolte ou révolution ? Il est difficile de ne pas penser, ici, à la réponse du duc de Liancourt à Louis XVI. Le tiers enfant prend son sort en mains.

(258) II, 713.

(259) II, 718.

renoncer à l'utopie quasi politique de la famille élective, laquelle n'est pas sans se profiler derrière l'hypothèse d'une famille de pure élection. L'entretien avec M. Lepic lui laisse en effet apercevoir quelque chose du prix que la mère doit acquitter en échange de sa part de puissance, ou plutôt de l'"équivalent-puissance" représenté par le silence marital, immédiatement traduisible en abandon de puissance. C'est l'absence de bonheur, la participation fatale au silence du cœur. Le livre arrive au fond à la même conclusion, mais par moins de détours, et à travers une vocifération brutale, emphatique, elliptique, qui requiert une lecture démultipliante. Mauvaise, Mme Lepic ne l'est-elle pas davantage parce que son mari ne l'aime pas ? De signe, la perte de l'amour de M. Lepic peut devenir cause seconde. Mauvaise épouse ? Pauvre, à coup sûr, car ne possédant plus conjugalement qu'une fiction légale. Dès l'instant où lui échappe celui sur qui exercer une puissance maternelle si cher payée, Mme Lepic est même bel et bien ruinée, et sans procès perdu.

## CONCLUSION

Visiblement plus tourné vers un Droit des biens dont il est seul à connaître les enjeux que vers le Droit dit "de la famille", M. Lepic abandonne son entourage à une sorte de friche juridique intra-familiale, de sorte que la morale sous-jacente au Droit s'est même évaporée. Seul demeure le terrorisme, version exaspérée du pur rapport de forces. Encore ce terrorisme n'affecte-t-il qu'un seul individu, ce qui le rend malaisé à identifier. Les deux principes d'égalité de traitement entre les enfants et du nivellement des actes et du discours peuvent subir toutes les entorses qu'on voudra, pourvues qu'elles soient réparties sur les deux tableaux : plus l'injustice est injustement répartie, mieux elle est acceptée. Mais quelles sont les leçons qui truffent, à la fin, ce tour de famille par un enfant ? Elles sont de trois ordres : juridique, économique et politique.

Poil de Carotte est-il demandeur de Droit, d'argent, de pouvoir, et dans quelle mesure ? Pour ce qui est du Droit, on ne constate pas de poussée réelle en direction de nouveautés sécurisantes - rien qui ressemble, de près ou de loin, à une revendication de "Droits de l'enfant". Le Droit existant suffit, s'il est animé par une volonté constante. À M. Lepic de prendre ses responsabilités, de n'être pas l'impuissant paterno-marital qu'il figure à la longue. La nature humaine semble - mais ne ferait-elle pas semblant ? - avoir en horreur le vide juridique : nul bien sans maître, nul enfant sans baguette parentale, ou sans tuteur. À l'adresse de M. Lepic, ce dicton : "Qui va à la chasse perd sa place". La participation usurpatrice à quoi se ramène, somme toute, l'activité éducative de Mme Lepic, n'apparaît telle qu'à la lumière de sa névrose. Exercerait-elle sereinement et, pour tout dire, maternellement, l'autorité abandonnée par un mari peu responsable que nul n'y trouverait à redire. La bonté en moins, tout change d'aspect, et la déficience du père est comme excusée par la méchante nature d'une femme qu'on soupçonne de le dégoûter tant du ménage que du foyer. Enfin, la délégation coutumière vaut ce que vaut le délégataire, et le Droit qui l'autorise vaut à son tour ce que valent ceux à qui il donne mandat pour agir au mieux des intérêts familiaux. En dernière analyse, ce n'est pas le Droit qui est bon ou mauvais, mais les sujets de Droit. Aussi Poil de Carotte parle-t-il de changer les individus et non le Droit, lequel sort de l'œuvre renardienne à la fois omniprésent et innocenté.

Il n'en va pas autrement de l'économie, où l'on retrouve quasiment la même distinction entre maîtrise et gestion. À M. Lepic le souci des rentrées et le soin des répartitions mensuelles, sans parler d'autres frais qui échappent au champ délimité

par l'écrivain ; à Mme Lepic la ventilation des dépenses quotidiennes, sans lesquelles on ne conçoit plus ni ménage, ni foyer. L'état patrimonial de la maison Lepic est mystérieux, sauf allusion tardive, dans *La Bigote*, et l'on est assez loin de *Poil de Carotte*, à "une jolie dot" (260). Reste un contre-pouvoir, dressé face à celui du gain : la dépense, qui, effectuée à bon escient, dénote la femme de tête et, dans le cas contraire, l'écervelée, la mauvaise ménagère. Il est une voie intermédiaire. Mme Lepic tient serrés les cordons de la bourse (261), et si un jour les Lepic sont réduits à la portion congrue, ce ne sera pas de son fait. En réalité, elle pêcherait là plutôt par excès que par défaut, manifestant un net penchant à l'avarice, et à l'exploitation de la domesticité. Comme pour l'éducation, l'excès de sévérité recèle quelque plaisir inavouable, qui, pour s'épancher, exige la dépossession du maître de céans.

Puisque toute fuite est impossible, puisque la vie privée est si décevante, autant se préparer à un rôle public. Tant d'épreuves qui jalonnent l'acheminement de la minorité vers la majorité, qu'elle soit légale ou numérique - *Poil de Carotte* finit par rejoindre le groupe respecté des autres enfants Lepic -, voilà qui forge un écrivain à coup sûr, un tribun sans doute, un législateur peut-être (262). Alors l'asservissement à la puissance maternelle se transmue en service de la mère Patrie. Mais ce n'est là, dirait *Poil de Carotte*, qu'"une figure de rhétorique" (263). En tout cas, le complexe maternel qui, du petit d'homme, fait un fousseur gîté dans le noir - le plus dangereux des gibiers, au fond (264) -, pose la sauvagerie nomoïde dans la vacance vacancière des normes socio-scolaires. Voilà qui montre et le peu de réalité d'une puissance légale qui ne met en œuvre aucune réglementation quasi officielle, et la nécessité d'une structuration lisible de l'attitude du délégataire, et l'immédiate colonisation par des intérêts intimes rhabillés d'altruisme de tout secteur du grand puzzle juridique où la bonne pièce n'a pas été insérée au bon moment. Les absents ont toujours tort, l'absence des uns fait la présence des autres, le tort fait aux uns risque d'apparaître comme la condition du bonheur des autres, et Renard nous laisse déduire que vivre en croyant pouvoir oublier le Droit - ne serait-ce que dans ses foyers - conduit au somnambulisme (265), à l'exil.

---

(260) II, 879.

(261) Même la monnaie qui traîne est comptée : *Poil de Carotte* l'apprend à ses dépens dans "La pièce d'argent".

(262) Voir note 157.

(263) "L'Album", X, I, 766.

(264) Au sens que donne à entendre Schœdsack, dont le film *The most dangerous game* est, plaisant hasard, réalisé la même année que le *Poil de Carotte* de Duvivier.

(265) On sait que M. Lepic marche les yeux comme fermés (voir supra, note 209). Peut-on ainsi marcher droit ? L'"esprit droit, le jugement sûr", dont la rumeur publique crédite M. Lepic ("Le programme", I, 697), ne coïncide pas avec esprit de Droit et sûre justice dans la famille. Harry Baur compose, chez Duvivier, un M. Lepic très somnolent.

R.R.J. 1992-3  
Pages 741 à 814

- V -

**DROIT COMPARÉ**



# LA POLITIQUE CRIMINELLE CONGOLAISE : UN CAS DE DROIT MIXTE

Par

Alphonse SOUMBOU  
*Docteur en droit - Magistrat*

## I - LES MODÈLES DE POLITIQUE CRIMINELLE IMPORTÉS

### A/ Le modèle "État Société Libéral"

1. Le système pénal et la loi
2. Le système pénal et les instances judiciaires
  - a) Rôle et place du juge dans le système pénal
  - b) Le système pénal et la nouvelle organisation judiciaire
3. Les instances exécutives et le système pénal
  - a) La police congolaise
    - La police officielle
    - La police parallèle
4. Le système pénal et les instances sociétales
  - a) Le délinquant et le groupe social dans le système pénal
  - b) Droit des victimes : inefficacité et stagnation de la législation congolaise

### B/ Le modèle "État autoritaire"

1. Le système pénal d'exception
2. Fondement de la Cour révolutionnaire de justice
3. Règles de procédure de la Cour révolutionnaire de justice

## II - LE MODÈLE SOCIÉTÉ SANS ÉTAT

### A/ La conciliation dans la société congolaise

### B/ La conciliation par les instances sociétales

1. La conciliation familiale
2. La conciliation dans les quartiers

En trois décennies d'indépendance, le visage du Congo se ramène à l'accumulation d'insuccès dans les domaines politique, économique, social et juridique. Et tout continue de se passer comme si la population s'accommodait fort bien de ces échecs. Ce qui n'est, dans la réalité, que pure illusion (1).

Cette faillite de la gestion socio-politique, économique et juridique qui s'accompagne du non respect de ses propres lois et de multiples violations des droits de l'homme (2) a suscité de notre part un intérêt particulier. Cet intérêt lié à la multitude des réformes juridiques de ces dernières années (3) nous a conduit à nous demander comment l'État congolais, colonisé par la France pendant près d'un siècle, indépendant à partir de 1960, puis qui en 1963 a adopté le marxisme-léninisme, assurait la gestion des comportements de ses citoyens encore profondément attachés aux pratiques traditionnelles. En un mot, comment organisait-il les réponses à la transgression des normes ou plutôt en quoi consistait sa politique criminelle.

L'appréhension de celle-ci n'est pas aisée par le fait que le Congo est un État non démocratique qui cultive un goût du secret où l'information ne circule pas et où les documents relatifs à la vie juridique demeurent difficiles d'accès, sinon introuvables. Ces difficultés sont accentuées par la mutation de la société, une société à cheval entre plusieurs cultures juridiques, notamment la culture traditionnelle et les cultures importées de France et d'URSS qui véhiculent chacune leur propre mode de régulation.

Ces modes de régulation révèlent la présence, sur le même terrain, du modèle. "*Société sans État*" fondé sur les coutumes, et des modèles importés "*État-société libéral*" et "*État autoritaire*" fondés sur la loi, non reproduits intégralement mais adaptés aux réalités congolaises.

Notre étude se ramènera à dégager les traits essentiels propres à chacun de ces modèles et à mettre à jour le mélange des techniques juridiques que la politique criminelle congolaise leur emprunte.

## I - LES MODÈLES DE POLITIQUE CRIMINELLE IMPORTÉS

L'introduction au Congo des systèmes politiques, libéral pendant la période coloniale et d'inspiration marxiste après 1963 s'est accompagnée sur le plan juridique de l'instauration d'un modèle "*État-société libéral*" et d'un modèle "*État autoritaire*".

### A/ Le modèle "*État-société libéral*"

Avant la pénétration coloniale le Congo présente deux types de systèmes politiques : le système politique des sociétés à État formées par les royaumes de Makoko et de Loango, et les systèmes politiques des sociétés sans État formées par des chefferies, notamment les groupes ethniques représentant la population congolaise actuelle.

Les décadences du commerce, les campagnes anti-esclavagistes et la pénétration française de la fin du 19<sup>ème</sup> siècle accentuent l'affaiblissement des royaumes de Makoko et de Loango. La convention du 10 septembre 1880 entre Brazza et Makoko mettant le Royaume Tio (Makoko) sous la protection de la

(1) Les dynastes : le mensuel des Échos, déc. 1989, pp. 42-57.

(2) Rapports d'Amnesty International 1988, 1989, 1990.

(3) Loi d'avril 1983 sur l'organisation judiciaire, adoption du Code de la famille 1984, projet de réforme du Code pénal et du Code de procédure pénale, de 1986.

France, et le traité signé par le lieutenant de vaisseau Cordier avec le Maloango (Roi du Royaume de Loango) par lequel ce dernier reconnaissait la suzeraineté de la France, accélérera leur émiettement. À la suite de ces traités, le Congo devenait une colonie, un territoire occupé et administré par la France dont il dépendait sur le plan politique, juridique, économique et culturel. Or l'histoire nous apprend que le pays colonisateur impose toujours sa loi sur le pays conquis, autrement dit son système juridique, ce qui implique que la colonisation emporte implantation, dans le pays conquis, du modèle juridique de l'occupant. Le fait colonial est donc le point de départ de la pénétration d'un droit de type libéral au Congo. Il marque le début de l'introduction du modèle "*État-société libéral*" de politique criminelle dans lequel l'État n'impose pas l'orientation et le contrôle de toutes les réponses, préventives et répressives, au phénomène criminel, mais en abandonne une part à la société civile (4). En ce sens que l'État intervient en matière d'infraction et admet une réponse à dominante sociétale en matière de déviance.

Pour ce qui concerne la réponse étatique à l'infraction, elle connaît plusieurs alternatives ; la réponse administrative, qui reconnaît à l'administration la compétence d'appliquer sa propre sanction à l'auteur d'une infraction ; la médiation fondée sur l'intervention d'un tiers relevant de l'État (médiateur, arbitre, conciliateur) dans la résolution des conflits ; la réponse civile dont le procès civil et le recours en indemnisation devant l'État en constituent les manifestations ; et enfin la réponse pénale. Seule l'analyse de cette dernière fera l'objet de notre développement parce qu'elle constitue la pierre angulaire de tout système de politique criminelle, et partant du modèle "*État-société libéral*". Elle reflète l'omniprésence de l'État dans la vie du droit pénal. "*À son origine, il (l'État) a le monopole de la création des normes (en déterminant les infractions) et de l'établissement de la hiérarchie des valeurs sociales (en établissant les sanctions de leur inobservation) ; au niveau du contrôle, il a le monopole de la protection de la sécurité des citoyens et du maintien de l'ordre public, par des structures spécifiques (la police et la gendarmerie) ; au niveau de la sanction, il a le monopole de la distribution de la justice et de l'administration des peines (par les structures judiciaires et pénitentiaires)*" (5). À ce titre, il détermine le cadre de fonctionnement du système pénal à travers le rôle et la place qu'occupent la loi (les instances législatives), le juge (les instances judiciaires), la police, le système pénitentiaire, les instances médico-sociales (les instances exécutives) et d'autres acteurs tels le groupe social, la victime et le délinquant.

### *1. Le système pénal et la loi*

Introduit au Congo pendant la période coloniale et réaffirmé par le législateur congolais dans les diverses constitutions depuis 1961, le principe de légalité apparaît avec force dans le code pénal et notamment dans son article 4 qui dispose que "*nulle contravention, nul délit, nul crime, ne peuvent être punis des peines qui n'étaient pas prononcées par la loi avant qu'ils fussent commis*". Son caractère fondamental gouverne donc aussi bien l'activité des instances judiciaires qu'exécutives.

(4) C. Lazerges, *la politique criminelle*, Paris, P.U.F, 1987, p. 35.

(5) F. Pie, *Les politiques pénales en Afrique Noire francophone : le cas du Gabon*, Bordeaux, I.E.P., 1989, p. 61.

## 2. *Le système pénal et les instances judiciaires*

Prises dans la totalité que constituent les appareils et les mécanismes du pouvoir, les instances judiciaires ont une particularité que l'on ne peut méconnaître ; c'est de faire apparaître une des facettes de la réponse étatique à l'infraction, la réponse pénale dont la répression constitue la partie la plus visible. Cependant, on ne peut identifier à cette seule fonction les instances judiciaires. Les juridictions civiles, commerciales, administratives et du travail, disent aussi le droit sans avoir nécessairement à mettre en oeuvre la répression.

Au Congo comme partout ailleurs, la fonction juridictionnelle consiste à trancher les litiges en disant le droit à appliquer à l'espèce. Cette observation est d'autant plus importante qu'aujourd'hui encore le Congo reste attaché aux principes classiques en la matière, malgré le changement d'orientation politique.

En ce qui concerne le système pénal, les fonctions pénales qui sont la vision la plus commune et peut-être la plus expressive de la fonction juridictionnelle demeurent soumises au principe de légalité d'où découlent les obligations du juge, pivot central de la relation dudit système aux instances judiciaires.

### a) Rôle et place du juge dans le système pénal

Le juge pénal congolais et français ont tous deux pour mission de procéder aux informations (art. 34 du C.P.P.C. et art. 49 du C.P.P.F.) et de juger les affaires pénales. Cependant nous notons des différences quant à l'exécution de leur mission et l'étendue de leur pouvoir. Dans sa mission qui consiste à dire le droit, le juge pénal congolais n'obéit qu'à la loi (art. 105 de la Constitution du 6 juillet 1979). Par ce biais, l'État lui confère la fonction de protéger les valeurs et les structures de la société moderne, ainsi que de contribuer au changement des mentalités des citoyens. Mais cette mission n'est pas aussi aisée qu'il paraît dans la mesure où la société congolaise demeure encore, dans sa grande majorité, attachée aux valeurs existentielles vecteurs des coutumes.

Ainsi existe-t-il un grand écart entre les structures mentales largement religieuses et les lois pénales qui se veulent laïques, lesquelles lois prônent la construction d'un nouvel ordre et la destruction de l'ancien ou encore des pratiques traditionnelles.

C'est dans cette optique que s'inscrit, dans le code pénal, l'incrimination de la sorcellerie et des pratiques matrimoniales coutumières. Le phénomène de la sorcellerie qui préoccupe les milieux politiques et judiciaires en raison de l'inefficacité de sa répression, est défini comme suit par les articles 264 et 405 du C.P.C..

*Article 264 : "Sera puni de peines prévues à l'article 405 quiconque aura participé à une transaction commerciale ayant pour objet l'achat ou la vente d'ossements humains ou se sera livré à des pratiques de sorcellerie, magie ou charlatanisme susceptibles de troubler l'ordre public et de porter atteinte aux personnes ou à la propriété".*

*Article 405 : "Quiconque, soit en faisant usage de faux noms ou de fausses qualités, soit en employant des manœuvres frauduleuses pour persuader l'existence de fausses entreprises d'un pouvoir ou d'un crédit imaginaire, ou faire naître l'espérance*

*ou la crainte d'un succès, d'un accident ou de tout autre événement chimérique se sera fait remettre ou délivrer (...) des fonds".*

D'après ces dispositions, un amalgame s'opère entre sorciers et escrocs faisant "porter sur eux une suscription générale qui conduit dans la pratique à ne condamner personne, hormis le vengeur du sorcier assimilé à un meurtrier normal, en tout point contraire au droit traditionnel"... En effet "le sorcier une fois découvert succombe souvent à la vindicte populaire (soit du fait des sectes anti-sorciers) soit plus fréquemment par une vengeance personnelle de la famille de la victime" (6).

Face à ces réponses sociétales aux infractions pénales, l'État, dont un des rôles consiste à assurer le respect des lois, ne pense qu'à enrayer ces pratiques en substituant cette justice privée à la justice publique. Or le droit moderne apparaît inopérant dans la répression de la sorcellerie à cause de son régime de preuve rationnel, et inadapté en condamnant l'assassinat du sorcier (élimination reconnue d'utilité publique par l'ensemble de la population) comme un acte individuel alors qu'il n'est que la résultante d'un consensus social. La suppression d'un sorcier apparaît moins comme un acte de vengeance que comme une décision collective ; elle procède de consultations de divers féticheurs et de discussions communautaires tendant à établir la causalité exacte du "malheur" à partir de faits spécifiques (connus du droit traditionnel), tels que regards, paroles, promenades nocturnes... (7). À la lumière de ce constat, il ressort que le droit traditionnel survit et continue à s'appliquer malgré l'existence du droit étatique.

Quant aux pratiques matrimoniales traditionnelles, la loi, aux fins de protéger les mineurs (âgés de moins de 21 ans) condamne les hommes auteurs de la mise en grossesse. Mais le plus souvent, la pratique révèle un arrangement entre les familles de l'auteur et de la victime, ainsi cette infraction pénale échappe au droit étatique. Pour ce qui est de la dot, le Code de la famille (art. 140) la limite à 50 000 F CFA sous peine de poursuites pénales. Cependant dans la réalité, nul prétendant n'oserait contester le montant souvent largement supérieur à celui fixé par la loi et demandé par la famille de la future épouse. De nouveau donc, c'est le droit traditionnel qui assure la régulation des rapports sociaux, et ce au détriment du droit positif. C'est dans le souci de limiter la multiplication de ces pratiques, qu'au stade de l'instruction, le juge, en matière de sorcellerie notamment, a recours à l'aveu, méthode dont la finalité se rapproche semble-t-il en certains points du "plea-bargaining". Cette méthode est une forme de transaction entre les autorités judiciaires et le délinquant se ramenant à l'aménagement de la sentence pénale en retour de l'aveu de culpabilité. L'accusé espère ainsi obtenir une réduction de sa peine alors que le ministère public tente d'obtenir un aveu de culpabilité aussi grave que possible (8).

C'est ainsi qu'en matière de sorcellerie, en raison de l'absence matérielle de preuves, le juge est souvent tenté d'obtenir les aveux par voie informelle c'est-à-dire au moyen d'une entente, voire d'un compromis avec le délinquant. Le résultat de ce compromis est une libération provisoire ; cette dernière une fois accordée, celui-ci pourra être condamné, mais à une peine nettement inférieure à celle que la loi prévoit. L'influence de la transaction entre le juge et le délinquant sur la peine n'est peut être pas directe mais évidente.

(6) P. Demay de Goustine, La jurisprudence pénale de la Cour Suprême du Congo : de sa création à nos jours. Les Cours Suprêmes en Afrique, T. 4, Paris, Economica, 1990, p. 183.

(7) P. Demay de Goustine, La jurisprudence pénale de la Cour Suprême du Congo : de sa création à nos jours, *op. cit.*, p. 183.

(8) J. Richert, La procédure de Plea-bargaining en droit américain, *R.S.C.*, n° 1, 1975, p. 375.

Au stade du jugement, la loi oblige les juges à motiver toutes leurs décisions à peine de nullité (art. 532 et 620 du C.P.P.C.) et le juge suprême casse toutes celles fondées sur de simples affirmations ; il rappelle que seule la constatation des éléments constitutifs des infractions peut motiver une condamnation : C.S. 21 septembre 1962 (n° 1) ; 29 mai 1963 (n° 14 et 15) ; 16 janvier 1981 (n° 1). Cependant si toute décision doit être motivée, l'octroi des circonstances atténuantes est laissée à la discrétion du juge pénal (art 463 du C.P.P.C.) ; le législateur lui accorde ici un pouvoir souverain qui déborde sa fonction initiale consistant à dire le droit.

Ce pouvoir n'est en rien comparable à celui du juge français mis en germe par la loi relative aux circonstances atténuantes et dont l'épanouissement se trouve dans les articles 469-1, 469-2, 469-3 du C.P.P.F. et lui permettent de dispenser de peine l'individu déclaré coupable.

Celui-ci est étendu par les articles 43-1, 43-3 et 43-4 du C.P.F. qui autorisent de larges substitutions de peine légalement prononcées pour chaque infraction, prérogative que n'a pas le juge congolais.

Même s'il est permis à ce dernier, conformément à la pratique suivie en cas de vide juridique manifeste, de recourir au droit français qui doit servir de base en tant que raison écrite (9), il n'en demeure pas moins vrai que ses pouvoirs restent limités et qu'il existe un certain immobilisme législatif que ni le recours au droit français en raison de sa parenté avec le droit congolais, ni la nouvelle organisation judiciaire ne peuvent masquer.

#### b) Le système pénal et la nouvelle organisation judiciaire

Le magistrat doit jouer un rôle, dans la lutte du peuple, d'une part en militant dans les organisations politiques, et d'autre part en prêtant son concours au pouvoir politique chargé de doter son pays d'une législation révolutionnaire (10). Cette nouvelle définition du rôle du juge, inscrit dès 1964 dans les objectifs du parti unique au pouvoir (Mouvement National de la Révolution : M.N.R.), trouve sa consécration dans la loi d'avril 1983 instituant la nouvelle organisation judiciaire et notamment les tribunaux populaires.

En son article 1er, la dite loi dispose que l'organisation judiciaire congolaise, en plus de la Cour Suprême et des tribunaux de travail comprend des tribunaux militaires, des tribunaux d'exception et des tribunaux populaires de région ou de commune, de district ou d'arrondissement. Ces derniers qui caractérisent le mieux les transformations intervenues dans la politique criminelle congolaise seront les seuls objets de notre étude.

Équivalent du tribunal du peuple dans le système soviétique et du tribunal populaire de base dans l'organisation judiciaire chinoise (11), le tribunal populaire de village centre ou de quartier s'est substitué aux tribunaux d'instances et aux tribunaux de droit coutumier du 1er et du 2ème degré (art. 20 de la loi du 21 avril 1983). Il connaît en matière pénale des délits pour lesquels la peine encourue est égale ou inférieure à une année d'emprisonnement et comprend un juge professionnel et deux juges non professionnels élus. Pour ce qui est des tribunaux populaires de district ou d'arrondissement ils se sont substitués aux tribunaux de grande instance.

(9) C.S., 25 juillet 1980, n° 31.

(10) E. Leroy, L'évolution de la justice traditionnelle dans l'Afrique francophone, in *Revue canadienne des Études Africaines*, 1975, p. 75.

(11) H. Isaia, La justice en Chine, Paris, *Économica*, 1978, pp. 49 - 83.

Ils connaissent des affaires civiles et pénales (art. 143 à 146 de la loi d'avril 1983) et comprennent deux juges professionnels et trois juges non-professionnels.

Enfin, les tribunaux populaires de région et de commune se sont substitués aux cours d'appel et comprennent plusieurs chambres dominées, pour l'essentiel, par des juges non professionnels.

Dans cette loi d'avril 1983, nous retrouvons la plupart des traits caractéristiques de la famille des droits dits socialistes : élection des juges non professionnels, participation de ces juges (assesseurs populaires) à l'administration de la justice, principe de collégialité (art. 15). Si toutefois la procédure qui accompagne toutes ces juridictions est soumise au code, la plus grande innovation reste, dans tous les cas, l'élection des juges non professionnels.

La candidature de ces derniers est proposée à l'élection par le Parti, Congolais du Travail (P.C.T.) la Confédération Syndicale Congolaise et les organisations de masse (art. 44). La liste des candidats est communiquée au Garde des Sceaux, ministre de la justice. Elle contient un nombre de nom double des effectifs à pourvoir dans la juridiction considérée. Le scrutin est ouvert par arrêté du garde des Sceaux, ministre de la justice. Les juges non professionnels sont élus soit par l'Assemblée Nationale Populaire, soit par des conseils populaires. Le vote a lieu au scrutin uninominal à un tour et sont élus les citoyens ayant recueilli le plus grand nombre de voix. Dans la réalité, la procédure du choix des candidats à l'élection des juges non professionnels s'effectue sur proposition du Parti et de ses organisations de masses qui en assure le contrôle du début à la fin. Cette procédure non libérale consiste un véritable danger pour la justice, d'autant plus que ces juges, subordonnés au Parti et dominants dans les instances judiciaires, exercent leur fonction à égalité de voix avec les magistrats (art. 13 loi du 21 avril 1983) ; ceci nous rend sceptique quant à l'impartialité des décisions judiciaires, et nous montre qu'en définitif, loin de vulgariser et démocratiser la justice, la présence des juges non professionnels "*élus*" dans les juridictions s'inscrit dans le droit fil de la politisation de la justice.

En dépit de cette atteinte à l'indépendance de la justice, l'activité du juge pénal comme celle des instances exécutives demeurent dans tous les cas soumises au principe de légalité.

### *3. Les instances exécutives et le système pénal*

Outre qu'elles mettent à jour le rôle de la police, les instances exécutives situent la place du système pénitentiaire et des instances médico-sociales dans le système de politique criminelle congolais. Soulignons que ces dernières se caractérisent par la possibilité, pour le juge pénal, de remplacer la sanction pénale par un traitement médico-social à l'égard des malades mentaux et des mineurs délinquants.

Les premiers, en vertu de l'article 64 du C.P.C., sont mis hors du circuit pénal lorsqu'il est reconnu que l'infraction, à eux imputée, a été commise en état de démence, alors que les seconds sont régis par l'ordonnance française du 2 février 1945.

Ces modes de règlement étant une émanation de la législation coloniale, nous ne nous y attarderons pas de même que nous développerons pas le fonctionnement du système pénitentiaire qui, en raison de l'inadéquation entre la réalité socio-économique et les textes législatifs ne contribue pas à l'exécution effective des peines. Nous ne traiterons donc ici que du fonctionnement de la police.

### a) La police congolaise

"Dans l'État centro-bureaucratique moderne qui se nourrit des mêmes dogmes que celui du moyen-âge scolastique et de la monarchie, la police apparaît comme un instrument de la liturgie de la soumission" (12). Nous ne nions pas nous aussi la soumission de la police au pouvoir politique, mais nous pensons toutefois que c'est pour réagir contre la criminalité et assurer la sécurité que l'État a dû concéder la création d'une police pouvant lui échapper et ne point être que la motricité de ses volontés internes ou spontanées. Dès lors, dans sa fonction, le rôle de la police apparaît plus complexe. "Se trouvant à la jointure de l'organisation politique et de l'ensemble du système sociétal" (13), cette institution aux finalités ambiguës est la résultante, au Congo, d'un long processus historique. Dans sa forme actuelle, elle se compose d'une police officielle intégrée dans l'armée suite aux coups d'État de 1970 et 1972, et d'une police parallèle créée dans le but de défendre la "révolution" d'août 1963.

#### - La police officielle

Sur le plan organisationnel, l'État congolais a repris en ces premières années le mode d'organisation politique, administratif et juridique de la métropole, soit en conservant les institutions que la puissance coloniale avait pris le soin de mettre en place avant l'octroi de l'indépendance, soit en se dotant d'institutions existant en France (14). La police officielle congolaise et plus particulièrement la police judiciaire s'inscrit dans cette lignée. Les contours de l'activité de cette dernière relèvent de la loi et l'article 12 nouveau dispose que la police judiciaire est exercée "en principe" sous la surveillance du procureur général et de la Chambre judiciaire de la Cour Suprême.

"Auxiliaire extrêmement important de la justice répressive, elle joue un rôle capital tout au long de ce qui précède la procédure devant la juridiction de jugement" (15). En effet, elle est chargée de constater les infractions à la loi pénale, d'en rassembler les preuves et d'en rechercher les auteurs tant qu'une instruction n'est pas ouverte.

Cependant, ses prérogatives restent théoriques car, suite aux coups d'État de 1970 et 1972 qui ont entraîné son intégration dans l'armée, la police judiciaire change profondément de nature. Depuis lors, elle relève de la Direction générale des services de sécurité et assume à la fois des tâches d'ordre militaire, administratif et judiciaire. À cette fin, elle rend compte à l'autorité administrative pour des missions à caractère administratif, à l'autorité judiciaire pour des missions à caractère judiciaire, mais dans tous les cas relève du commandement militaire (art. 9, instruction relative à l'application du Décret du 22 mars 1973). Cette multiplicité de tutelles qui a eu des effets négatifs sur la collaboration entre la justice et la police a conduit le législateur de 1983 à redéfinir la nature de leur rapport en réactualisant les articles 12 à 18 du C.P.P.C.. La philosophie de cette réactualisation se ramenait à la restauration du contrôle de la Police judiciaire par le procureur de la République, un principe qui n'était plus respecté depuis l'intégration de la Gendarmerie et de la

(12) P. Legendre, *L'amour du censeur*, Paris, Seuil, 1974, p. 266.

(13) J.-L. Loubet del Bayle, *La police dans le système politique*, R.F.S.P., n° 3, 1981, p. 51.

(14) M. Kouamy, *Assemblée Nationale Populaire : rôle et pratique parlementaire sous la IVème République congolaise*, Mémoire D.E.A. Études Africaines : sciences, politiques, Paris, Sorbonne, 1986, p. 8.

(15) J.-C. Soyer, *Droit pénal général et procédures pénales*, Paris, Cujas, 1981, p. 245.

Police nationale dans l'armée (16). Mais nous pouvons constater que cet objectif n'a pas été atteint puisque désormais le contrôle de la Police judiciaire ne relève plus directement du procureur de la République mais d'un Comité mixte d'évaluation de l'action répressive. Le glissement de rôle au bénéfice d'un comité d'administrateurs rend inopérant le contrôle par les instances judiciaires de la police. Ceci peut paraître inquiétant d'autant plus que la qualité d'O.P.J. se trouve aujourd'hui étendue à un nombre plus grand de fonctionnaires (art. 16-17 nouveau du C.P.P.C.) et s'accompagne de l'existence d'une police parallèle.

#### - La police parallèle

Sa naissance remonte à la création du Corps National de la Défense Civile (C.N.D.C.) instituée par la loi du 18 juin 1965. Ce corps d'élite constitué de militants choisis au sein des organisations de masse du Parti comprenait les secouristes, les milices ouvrières, les milices rurales, les brigades de vigilance (art. 3). Il avait pour mission d'assurer en collaboration avec les forces classiques de l'ordre, l'éducation civique et politique des citoyens, l'encadrement des militants, la sécurité civile et la défense passive des citoyens en période normale, et en période exceptionnelle, il assurait la sécurité politique de l'État, l'organisation et la protection des populations, le maintien de l'ordre (art 4).

L'article 6 de ladite loi disposait que des décrets d'application fixeraient les conditions de travail et modalités pratiques de collaboration du C.N.D.C. avec les forces classiques du maintien de l'ordre. Mais ceux-ci n'ayant jamais vu le jour force est de constater que dans la pratique, contrairement à la collaboration recherchée par le législateur, la création du C.N.D.C. ouvrait la voie à une concurrence accrue entre les polices parallèle (C.N.D.C.) et officielle dans le maintien de l'ordre.

En principe (la loi ne le mentionne pas) le C.N.D.C., simple élément d'appoint des forces classiques de l'ordre (police, gendarmerie, armée), devait dépendre de ces dernières, tant par sa formation que par son encadrement pour la réalisation de ses missions diverses, d'autant plus que les membres de ce corps étaient appelés à recevoir l'instruction et l'entraînement militaires (art. 5).

Cependant nous ne pouvons que constater l'impuissance des gouvernements à matérialiser cette idée, et l'effort insuffisant de ceux-ci à vouloir créer ou maintenir l'indispensable collaboration des forces en présence.

Au contraire, encadrée par l'assistance cubaine, l'"arrogant" C.N.D.C. narguant les forces classiques de sécurité ne tarda pas à entrer en conflit avec celles-ci, en ayant pour but non avoué une indépendance certaine vis à vis des lois. Évoquant la nature de ce corps, le délégué permanent du Conseil national de la jeunesse, M'Berri Martin, précisait que *"c'était une section du parti chargée de la vigilance afin de démasquer les ennemis. Force de riposte contre l'ennemi, c'est aussi celle de la dissuasion contre l'impérialisme. Ce n'était ni une police dans la police, ni une armée dans l'armée"* (17).

Ainsi, fort de ce soutien politique, le C.N.D.C. va imposer à la place des rondes habituelles des services de police, des missions de vigilance qui s'accompagneront de contrôles intempestifs d'identité, de fouilles à corps et de véhicule entretenant et maintenant peur voire terreur parmi les populations sur tout

(16) Sur cette question voir : Projet de loi portant modification de certains articles du C.P.P., ministère de la Justice, Rép. Pop. du Congo, 10 août 1982 ; procès-verbal de la réunion interministérielle du 23 août 1982 sur le projet de loi portant modification de certains articles du C.P.P., ministère de la Justice, Congo.

(17) Dipanda du 4 août 1965, p. 7.

le territoire national. La situation politique "explosive" de cette époque aidant, le C.N.D.C. jouera un rôle non moindre dans l'enlèvement, la disparition, voire l'exécution des opposants politiques. Après l'accession au pouvoir des militaires en juillet 1968, les milices constituant le C.N.D.C. furent intégrées dans l'armée par l'ordonnance du 6 février 1969. Cette intégration va tempérer les pratiques de ces dernières sans toutefois les enrayer.

Dans leur forme actuelle, les milices découlent de la résolution du congrès extraordinaire du P.C.T. du 30 mars 1970. Elles comptent, selon la décision 001 du Commissariat politique de l'armée, une trentaine d'éléments par arrondissement soumis à un entraînement militaire intensif et accéléré (18). Leurs missions ne diffèrent guère de l'ancien C.N.D.C., ce qui continue de favoriser les détournements par ce corps de certaines missions de la police officielle, comme les interpellations et les arrestations des citoyens, la constatation des infractions à la taxe de roulage et le défaut d'assurance. Les détournements qui n'ont semble-t-il comme fondement que le devoir de militant (art. 4 des statuts du P.C.T.) ne reposent sur aucun texte légal et sont toujours tolérés par la police officielle qui a de plus la charge du système pénitentiaire.

Ces pratiques comptent parmi les éléments annonciateurs du déclin du système pénal libéral congolais qui ramène la fonction des instances sociétales au strict nécessaire.

#### *4. Le système pénal et les instances sociétales*

Dans le cadre de règlement de conflits entre groupes sociaux, il apparaît qu'en Afrique noire et plus particulièrement au Congo, la conciliation non étatique demeurerait et demeure la règle, la sanction pénale l'exception.

Les différents travaux d'anthropologie juridique et de philosophie pénale montrent l'existence, dans les sociétés africaines, des systèmes de contrôle social qui de nos jours se raréfient, s'effritent, tombent en désuétude ou disparaissent avec l'émergence de l'État moderne. Un exemple du recul des systèmes de contrôle social nous est donné par la place qui revient aujourd'hui à la vengeance dans la société congolaise.

Réduite à une simple réaction individuelle plus ou moins spontanée, alors qu'elle est une manifestation de la réaction du groupe à la transgression de ses normes par tout individu, elle est exclue du champ des pratiques compatibles avec le système des valeurs et les normes protégées par l'État moderne congolais (un État qui se réserve le monopole de la sanction). Dès lors, l'exercice de la vengeance privée constitue une atteinte à la loi.

La primauté de la loi dans la société moderne congolaise consacre le glissement de la fonction répressive des groupes sociaux vers l'État, fonction qui s'exerce à travers le système pénal dont les relations avec les instances sociétales, en d'autres termes le délinquant, le groupe social et la victime mettent à jour l'intérêt que l'État accorde à ces instances ou au degré de participation de ces dernières à l'organisation des réponses aux infractions.

---

(18) O. Otsouala, Les relations publiques de Défense nationale au Congo de 1959 à 1984, Thèse, Bordeaux, p. 420.

### a) Le délinquant et le groupe social dans le système pénal

L'article 631 du C.P.P.C. trace les contours de la politique criminelle congolaise en déterminant pour chaque condamné les modalités de son traitement. Ainsi sans remettre en cause la répression comme mesure principale à l'encontre de ceux qui ont enfreint la loi pénale, le législateur adopte des mesures comme l'éducation par le travail pour une resocialisation du délinquant (art. 2 du décret du 10 septembre 1985 complétant le décret du 19 mars 1982, portant attribution et réorganisation du ministère de la Justice).

Cependant, faute de moyens financiers et d'infrastructures appropriées, il existe un décalage entre la situation de fait et les textes législatifs. En fin de compte, réduite à la seule répression, la politique criminelle congolaise se trouve en marge du vaste mouvement qui tend à améliorer le sort du délinquant et à rendre son rôle plus actif dans le procès pénal. Ces tendances s'étendent aussi au groupe social représenté par le ministère public dont le rôle tout au long du procès pénal se limite à assurer la défense des lois de la République. Le caractère répressif de ces lois, du fait de la volonté étatique de contrôler et gérer tous les champs d'activité socio-économiques, est tel qu'il constitue un des traits dominants de la politique criminelle congolaise qui n'est sans doute pas étranger à l'inefficacité et la stagnation de la législation à l'égard des victimes.

### b) Droit des victimes : inefficacité et stagnation de la législation congolaise

Le droit des victimes doit, pour mériter pleinement cette appellation, permettre un exercice réel de l'action et de la constitution de partie civile et plus généralement leur réelle indemnisation. En l'état actuel du droit pénal congolais, cette hypothèse n'est pas vérifiable.

La relation entre le système pénal et la victime, fondée sur l'article 2 du C.P.P.C. reprise fidèle de l'article 2 du C.P.P.F., n'a pas connu de véritable évolution, et la procédure relative à l'exercice de l'action civile reste inchangée. Toute personne qui prétend avoir été lésée par un délit ou un crime peut se constituer partie civile pour obtenir réparation du dommage par elle subi (art. 70 et 353 du C.P.P.C.). Mais l'action civile qui ne devait apparemment pas poser de problèmes parce qu'elle paraît légitime et nécessaire, souffre cependant dans la réalité d'une ineffectivité due à plusieurs facteurs qui se ramènent à l'absence d'initiatives de la victime et contribuent à freiner son action en vue d'obtenir réparation. En effet, la victime qui se constitue partie civile est difficilement comprise par son entourage et ignore le plus souvent le droit étatique.

Prise dans un réseau de relations familiales complexes qui influent sur son action, elle préfère la procédure devant les instances sociétales dont la finalité est le rétablissement de l'équilibre rompu et la conciliation des parties, à la justice pénale étatique lente et aux coûts élevés.

De plus, du fait de l'insolvabilité fréquente du délinquant, la partie civile connaît un risque supplémentaire, celui de ne jamais pouvoir obtenir réparation. Car il ne suffit pas de saisir les tribunaux, ni d'obtenir une décision de justice en sa faveur; mais de bénéficier de la réparation, c'est-à-dire d'obtenir exécution de la décision rendue; le préjudice faisant l'objet d'une évaluation essentiellement pécuniaire peut être difficilement réparé par des personnes vivant essentiellement dans un environnement économique qui suffit à peine à satisfaire leurs besoins.

Le sort des victimes d'infractions ne semble pas susciter aujourd'hui l'attention du législateur et des pouvoirs publics congolais. L'indifférence de ces derniers est flagrante, et manifeste notamment vis-à-vis des victimes d'actes dits "terroristes" des années 1983-1984.

Cette non-assistance des victimes de la part de l'État congolais, ainsi que de plusieurs autres États d'Afrique Noire, va à l'encontre de l'esprit de la Déclaration sur la justice et l'assistance aux victimes, adoptée par le VIIème congrès des Nations Unies à Milan le 5 septembre 1985. Celle-ci recommande aux États lorsqu'il n'est pas possible d'obtenir une indemnisation complète auprès du délinquant, de s'efforcer d'assurer une indemnisation financière aux victimes qui ont subi un préjudice corporel ou une atteinte importante à leur intégrité physique ou mentale par suite d'actes criminels graves et à la famille (19).

C'est pour tenter de remédier à la non assistance aux victimes et permettre une participation plus grande et plus effective de ces dernières au procès pénal que le législateur de 1983 réorganisant la justice a prévu d'instaurer, dans chaque prétoire, des consultations juridiques gratuites dispensées par des avocats et magistrats. Cependant il est permis de s'interroger sur l'efficacité de cette mesure, le bénévolat en étant la règle. Cette timide tentative du législateur vient confirmer que le système pénal congolais est en pleine mutation.

Ayant fonctionné jusqu'en 1963 entièrement à l'image de celui de son ex-métropole, il s'en éloigne petit à petit par l'introduction des règles juridiques d'inspiration marxiste à côté de celles d'inspiration libérales et sous l'impulsion des nouveaux choix politiques qui découlent de la "révolution" d'août 1963, nous constatons dans la vie juridique le glissement lent mais sûr du modèle "État-société libéral" vers un modèle "État autoritaire".

## **B/ Le modèle "État autoritaire"**

Sous l'impulsion des événements socio-politiques et économiques qui ont jalonné l'histoire du Congo depuis 1963 (coups d'état, nationalisations des entreprises, adoption du marxisme-léninisme), le droit pénal congolais, à l'origine d'inspiration libérale, devient peu à peu un droit pénal de combat, c'est-à-dire un instrument de lutte dans les mains de l'État dirigé par le Parti contre les réactionnaires (ceux qui ne partagent pas l'idéologie officielle).

C'est ce droit qui se rattache au modèle État autoritaire, lequel implique une réponse étatique à l'infraction et à la déviance. Dans la réponse étatique à la déviance, le système de politique criminelle congolais développe, face aux écarts à la normalité, des mesures d'action et de contrôle social conformes aux normes, à l'éthique et à la morale communiste que défendent l'État et le Parti pour l'édification d'une société socialiste.

À cette politique allant dans le sens d'un renforcement des pouvoirs de l'État et du Parti se donnant pour vocation de régir, diriger et contrôler davantage les réponses au phénomène de refus des normes, concourent les instances médico-sociales, judiciaires et policières (20). Le caractère autoritaire que fait apparaître l'activité de ces instances exprime le rôle de plus en plus prépondérant de l'État et du Parti dans la vie juridique, lesquels ont fini par étendre leur droit de regard à la

(19) Déclaration des principes fondamentaux de justice relatifs aux victimes de la criminalité et aux victimes d'abus de pouvoir. Art. 12 - Nations Unies, Milan, 5 sept. 1985.

(20) A. Soumbou, La politique criminelle congolaise : De la juxtaposition à l'harmonisation des modèles, Thèse doctorat Droit, Paris Sud, 1990, pp. 289-347.

réponse aux infractions par la création d'un système pénal d'exception. Celui-ci sera ici l'objet essentiel de notre étude, car il est, selon nous, la manifestation la plus évidente du modèle "État autoritaire" congolais.

### *1. Le système pénal d'exception*

Le système pénal d'exception qui organise le traitement de certains refus de normes (déviance ou infraction déviance), lorsque la loi définit comme une infraction un simple état de non-conformité, ou les infractions proprement dites selon des règles de fond et de forme plus rigoureuses, est fondé sur les juridictions d'exception apparues dans l'ordre juridique congolais en 1964. Depuis, les juridictions se sont multipliées et renforcées au point de devenir une constante du système congolais de politique criminelle. La loi du 21 avril 1983 les consacre, puisqu'il en ressort que la justice est rendue par un seul ordre de juridiction constitué par les tribunaux de droit commun et les tribunaux d'exception. Nous observons donc, sur le même terrain juridique, l'existence d'un système pénal ordinaire qui se double d'un système pénal d'exception. Ce dernier ayant pour fonction la défense de la révolution et relevant de la justice politique, le Parti en installe lui-même les juridictions et en choisit les juges.

Le droit positif congolais est riche d'exemples, proches ou lointains, de juridictions d'exception; les unes permanentes telle la Cour révolutionnaire de justice, les autres, non permanentes telle la Commission criminelle exceptionnelle du P.C.T. de 1970 et les Cours révolutionnaires d'exception de 1978 et de 1986. Ces dernières, quoique régies par les mêmes lois de fond et de forme que la Cour révolutionnaire de justice, n'ont existé que le temps nécessaire au jugement des délinquants politiques. C'est pourquoi notre développement ne concernera que la Cour révolutionnaire de justice, permanente par essence et partie la plus visible du système pénal d'exception.

### *2. Fondement de la Cour révolutionnaire de justice*

Créée par l'ordonnance du 7 février 1969 en raison de l'urgence et de l'importance des problèmes et des actes posés par la réaction intérieure et extérieure, la Cour révolutionnaire se substitue au tribunal populaire du 9 septembre 1964. Si les raisons de sa création paraissent peu claires à la lecture de la loi, la presse prit le soin d'en préciser la teneur et la portée.

*"Au temps de Massamba Debat (21) le peuple avait pu mettre sur pied un instrument judiciaire appréciable : le tribunal populaire. Mais malheureusement cet instrument n'a pas échappé aux contradictions qui avaient fait jour au sein du mouvement national de la révolution, et la paralysie envahit le tribunal populaire. Mais ces contradictions n'étaient que le fruit des tractations de Massamba Debat et de son entourage, qui lorsqu'un jugement ne répondait pas à leurs vœux, faisaient tout pour rendre le verdict du peuple impuissant. Aujourd'hui grâce à la liberté retrouvée, le peuple congolais s'est doté d'un autre instrument judiciaire authentiquement révolutionnaire : la Cour révolutionnaire de justice" (22).* C'est la découverte d'un "complot" organisé par certains officiers de l'armée courant octobre-novembre 1968 qui avait précipité sa création et considérant que les conditions prévues par l'art. 2 de l'ordonnance du 7 février 1969 étaient réunies, le chef de l'État décréta le 6 mars

(21) A. Massamba Debat fut président de la R.P. Congo de 1963 à 1968.

(22) Etumba du 15 mars 1969.

1969 son installation marquant depuis lors l'existence, à côté d'un système pénal ordinaire, d'un système pénal d'exception. C'est dans les règles de procédure contenues dans l'ordonnance précitée qu'apparaissent nettement le caractère de juridiction d'exception de la Cour révolutionnaire. Celles-ci peuvent être regroupées autour de deux idées : les règles communes aux juridictions d'exception et de droit commun et les règles propres aux juridictions d'exception.

En ce qui concerne les premières, il y a emprunt de certaines règles de droit commun, notamment la reconnaissance d'un pouvoir discrétionnaire au président de la Cour révolutionnaire conformément à l'article 261 du C.P.P.C., l'introduction auprès de cette juridiction des actions en réparation des dommages résultant des crimes et délits poursuivis et le caractère en principe public des débats.

Quant aux secondes, outre qu'elles emportent dérogation à certains principes de droit pénal, elles modifient la procédure pénale. Ainsi la loi du 7 février 1969 instituant la Cour révolutionnaire de justice déroge au principe de la non rétroactivité des lois pénales et suspend le principe de la séparation de la poursuite et de l'instruction.

Normalement le droit pénal applique le principe de la non rétroactivité de la loi pénale (23). Pourtant cet élément essentiel de l'adage "*nullum crimen, nulla poena sine lege*" connaît un fléchissement puisque l'ordonnance du 7 février 1969 permet de déférer devant la Cour révolutionnaire de justice en plus des auteurs et complices spécifiés aux articles 3, 4 et 5, ceux ayant commis crimes et délits depuis 1963 (art. 2). De plus, pour assurer l'impartialité du magistrat dans la recherche et l'appréciation des preuves, l'observation de la séparation de la poursuite et de l'instruction est indispensable. Ce principe est affirmé par le code de procédure pénale et le caractère de juridiction d'exception de la Cour révolutionnaire ne devait pas en exclure le respect. Lorsque le principe est appliqué, le procureur de la République exerce l'action publique et le juge d'instruction procède aux informations. Mais la Cour révolutionnaire semble avoir exclu son application.

Dans la dite Cour, le ministère public est assuré par un commissaire du gouvernement assisté d'un commissaire adjoint nommé par décret du chef de l'État (art. 14), et l'instruction par une Commission d'instruction composée de six membres et de deux suppléants (art. 68) désignés par décret sur une liste de cinquante citoyens dressée par le Bureau Politique (art. 9) présidé par le Chef de l'État. Le président et les membres de la Commission d'instruction prêtent serment et ce serment est reçu par le commissaire du gouvernement qui assiste la Commission d'instruction lorsqu'elle procède aux interrogatoires.

Le ministère public et la Commission d'instruction étant nommés par la même autorité, en l'occurrence le chef de l'État, le principe de la séparation de la poursuite et du jugement se trouve battu en brèche.

Au regard de ce qui précède, il ne serait pas exagéré de souligner la prépondérance du ministère public dans les règles de procédure de la Cour révolutionnaire de justice puisque l'article 2 de la loi du 7 février 1969 permet au chef de l'État d'installer la Cour révolutionnaire, installation impliquant aussi une mise en mouvement par celui-ci de l'action publique déclenchée en principe par le procureur de la République, spontanément ou sur ordre de ses supérieurs hiérarchiques (art. 19 du C.P.P.C.).

Parallèlement à cette dérogation aux principes de procédure pénale susmentionnés, diverses règles de la procédure pénale se trouvent modifiées. Ces

(23) Cf. l'article 8 de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme dont les principes sont réaffirmés par l'article 4 du C.P.C.

modifications concernent essentiellement la garde à vue et l'instruction préparatoire. L'élément du régime de la garde à vue le plus fondamental concerne précisément sa durée. Les articles 49 et s. du Code de procédure pénale congolais la fixent en temps ordinaire à 72 heures, avec possibilité de prolongation de 24 heures sur autorisation du procureur. En portant à 15 jours le délai de garde à vue, l'ordonnance du 7 février 1969 l'a considérablement allongé.

Aussi depuis l'instauration de la Cour révolutionnaire de justice, deux régimes de garde à vue se superposent au Congo. Le premier relève du Code de procédure pénale (art 49 et s...), le second d'une coutume qui consiste à étendre assez considérablement la garde à vue selon la nature des infractions. C'est certainement la spécificité de ces infractions qui a conduit le législateur de 1969 à établir des nouvelles règles de l'instruction préparatoire qui élargissent les pouvoirs de la commission chargée de l'instruction des affaires concernant les infractions contre la "révolution".

Les nouvelles règles de l'instruction préparatoire consacrent l'extension des pouvoirs de la Commission d'instruction puisque cette dernière peut entendre ou faire entendre toute personne à titre de renseignements, procéder à toute confrontation, procéder ou faire procéder, de jour et de nuit, à toute perquisition, saisie ou reconstitution, ordonner toute expertise par un ou plusieurs experts qui prêtent devant lui serment de rendre compte de leurs constatations et recherches, en âme et conscience, recevoir le serment des interprètes et traduire fidèlement les dépositions et déclarations. Elle peut aussi requérir la force armée ou les forces de police.

En outre ces règles modifient le délai imparti à l'inculpé pour choisir un conseil en le rendant plus bref. Un délai de deux jours est généralement accordé à l'inculpé pour faire connaître le nom de son conseil (art. 68) alors que normalement l'article 242 du C.P.P.C. ne mentionne aucune obligation sur ce point.

Enfin, ces nouvelles règles mettent à jour l'absence de recours contre les mandats, actes et décisions de la Commission d'instruction (art. 68).

Ce développement nous a permis de mieux cerner l'importance et la place qu'occupe cette juridiction dans le système de politique criminelle congolais, importance qui se mesure également à ces règles de procédure.

### *3. Règles de procédure de la Cour révolutionnaire de justice*

L'action publique en matière politique coïncide avec le décret du chef de l'État installant la Cour révolutionnaire de justice (art. 2 ordonnance février 1969). Ladite action est ensuite exercée par le commissaire du gouvernement devant lequel tous les juges affectés à la Cour révolutionnaire prêtent serment. Le commissaire du gouvernement, après avoir inculpé les personnes sur lesquelles pèsent les charges suffisantes justifiant l'existence d'une infraction politique, transmet le dossier à la Commission d'instruction pour investigations nécessaires. C'est l'étape la plus longue car elle implique l'utilisation des mandats de justice (mandat de comparution, mandat d'amener, mandat de dépôt, et mandat d'arrêt). À l'issue de l'instruction complète du dossier, celui-ci est transmis par le président de la Commission d'instruction au président de la Cour révolutionnaire.

Il semble que dans la pratique le président de la Cour révolutionnaire ne soit pas limité dans le temps ; c'est seulement quand il estime avoir étudié profondément le dossier qu'il fixera, à la requête du commissaire du gouvernement comme prescrit par l'article 20 de la loi du 7 février 1969, la date d'ouverture des débats.

La grande marge de manœuvre laissée aussi bien au commissaire du gouvernement qu'à la Commission d'instruction aboutit le plus souvent au non respect des règles de procédure (garde à vue et délais d'interrogatoire prolongés, tortures) non seulement par ces derniers mais aussi par les organes chargés des enquêtes (police officielle, Sécurité d'État).

Ce non respect de la procédure a conduit Amnesty International, dans un rapport de février 1987 présenté au ministère congolais de la Justice, à critiquer les pouvoirs illimités de la Sécurité d'État qui garde abusivement les suspects au secret et à recommander des mesures spécifiques pour la prévention des violations des droits de l'homme et la garantie de la mise en application des protections légales existantes contre la détention arbitraire et la torture (24).

Ces règles de procédure qui véhiculent un droit autoritaire ont fait reculer le système juridique libéral en place depuis la colonisation. Désormais, au droit de l'ancienne métropole se juxtapose un droit autoritaire. Ces droits mêlés aux multiples activités étatiques changent de caractère selon les intérêts en jeu. Ils leur est imposé d'avoir à la fois un caractère libéral et un caractère révolutionnaire. Et pourtant la réalité n'est pas si simple. Le droit écrit dans les codes n'est pas nécessairement celui qui est mis en œuvre dans la société. Si fidèlement et habilement que la République Populaire du Congo ait réussi à imiter, depuis l'indépendance, le système juridique français et à lui substituer dans certains cas depuis la "révolution" d'août 1963, le système juridique soviétique, son propre milieu culturel ne laisse pas de donner aux systèmes reçus un caractère original.

La francisation très rapide et la soviétisation se sont limitées au droit étatique qui ne régit qu'une faible partie de la population congolaise. À ce sujet, A. Mignot apporte une précision essentielle selon laquelle *"l'intégration des africains aux systèmes apportés par les européens n'est que partielle. D'une part elle est réservée à certaines couches de la population ; d'autre part, même en ce qui concerne celle-ci, elle n'atteint pas nécessairement tous les domaines du droit"* (25). Cette portée limitée du droit étatique évoque le problème de la réception des droits étrangers, thèse développée par Y. Noda dans son article sur la réception du droit français au Japon. À propos, il écrit : *"Les lois et codes modernes présupposent une société bourgeoise où tout individu est censé libre et égal aux autres, et où toute relation juridique se forme en tant que constitutive de droit et d'obligation d'un individu envers un autre. Ces relations juridiques sont créées par la volonté libre des individus. C'est un type de société moderne avec lequel aucune société réelle ne s'accorde parfaitement ; il n'en demeure pas moins vrai qu'une société moderne digne de ce nom réalise dans une mesure plus ou moins grande cet idéal. Il en était ainsi de la société française du XIX<sup>ème</sup> siècle. Il n'y avait pas de discordance importante entre la société typique supposée par le Code civil et la société réelle. En revanche, la société japonaise restait, même après la réception, une société où survivaient les mœurs précédents"* (26).

La conclusion à laquelle cet auteur aboutit demeure valable pour la République Populaire du Congo où le désaccord profond entre la société présupposée par les lois et codes modernes, et celle qui existe indépendamment de ceux-ci, contribue encore aujourd'hui à la coexistence des systèmes juridiques étatiques (modèles État société libéral et État autoritaire) et sociétal (modèle sociale sans État)

(24) Amnesty International, Rapport 1988, p. 40.

(25) A. Mignot, Droit coutumier et anthropologie juridique, Pénant, 1977 p. 362.

(26) Y. Noda, La réception du droit français au Japon, *R.I.D.C.*, 1964, p. 553.

dont l'étude devrait permettre de découvrir une facette cachée mais toujours vivante de la Politique criminelle congolaise.

## II - LE MODÈLE SOCIÉTÉ SANS ÉTAT

Caractérisé par la prise en charge du phénomène criminel par la société civile ou l'organisation uniquement par cette dernière des réponses aux transgressions des normes, le modèle "*société sans État*" comporte des modes de régulation propres qui peuvent s'articuler soit autour de la vengeance (sous modèle de société vindicatoire), soit autour de l'intégration de la réintégration ou du maintien du transgresseur dans le groupe social (sous modèle de société communautaire). Parce que la vengeance, quoique pratiquée encore par certains groupes ethniques du Nord (M'Bochis) et du sud (Bembé) se raréfie, et que dans l'État unifié, où le pouvoir s'arroge le monopole de la violence licite, elle devient justice privée interdite et punie par la loi, nous ne traiterons que du sous modèle communautaire à partir de la conciliation, institution qui domine la prise en charge du phénomène criminel dans la société civile.

### A/ La conciliation dans la société congolaise

*"La conciliation, forme modifiée de la réconciliation est la réconciliation par l'intermédiaire d'une tierce personne"* (27). En tant qu'une des formes de la médiation, elle peut aussi être entendue comme *"l'entremise destinée à mettre d'accord ou à réconcilier les personnes"* (28).

Dans le système judiciaire congolais (étatique) ainsi que dans celui des pays occidentaux, la médiation peut s'analyser selon deux catégories : la conciliation et l'arbitrage (29). Cependant, ces catégories ne sont pas différenciées dans la société africaine et congolaise en particulier, appelée couramment société traditionnelle. En pays Bambara, *"lorsque quelques différents entre parents échappent à l'autorité du Fa, celui-ci sollicite l'intervention du Dugu - Tigi et de son conseil ; il en est de même lorsque le conflit éclate entre gens de communautés différentes. Par là s'institue une sorte de tribunal de conciliation qui se borne à dire ce que chaque partie doit faire ou ne pas faire pour que cesse le conflit"* (30).

Chez les anufons du nord du Togo, *"lorsqu'un litige est réglé par la société civile ou plutôt suivant le droit coutumier, le but principal que les instances judiciaires cherchent à atteindre est la conciliation qui implique le rétablissement de la relation telle qu'elle existait avant le conflit ; le rétablissement de la relation constitue, dans cette culture, la norme pour tout être humain raisonnable"* (31).

En pays m'bochis, kongo, téké etc..., ou plus simplement dans la société civile congolaise, en cas de conflit, la conciliation des parties selon la coutume demeure le mode de résolution préféré afin de rétablir la hiérarchie des forces vitales désorganisées, et préserver la vie du groupe. La conciliation ne serait pas une simple

(27) Takihisa Awaji, Les Japonais et le droit, *R.I.D.C.*, 1976, p. 245.

(28) M. Delmas-Marty, Modèles et Mouvements de Politique criminelle, Paris, Economica, 1983, p. 94.

(29) M. Delmas-Marty, Modèles et Mouvements de Politique criminelle, *op. cit.*, p. 86-87.

(30) Charles Monteil, Les Bambaras du Ségou et du Kaarta, Paris, Maisonneuve et Larose, 1976, p. 158.

- Fa signifie suivant le cas, Seigneur, maître, patriarche, père ; il correspond bien dans la famille au titulaire de cette respectable dignité qui faisait que Mistral disait de son père : mon Seigneur père, ou le Maître.

- Dugu - Tigi, grand prêtre qui dirige le culte, règle également tout ce qui concerne l'exploitation du domaine terrestre, du génie.

(31) E.-A. Van Rouveroy et Vav Nieuwaal Baerends, Conciliation et qualités des relations sociales chez les anufons du Nord du Togo, in *Droit et cultures*, n° 2, 1981, p. 81.

forme de médiation telle que l'État la conçoit, mais un mode de règlement des conflits lié à l'ordre moral, religieux, culturel des sociétés africaines et plus particulièrement de la société congolaise.

Si nous sommes d'accord avec l'idée selon laquelle "*nulle institution n'a de sens que par rapport à l'univers dans lequel on l'observe*" (32), et que toute représentation du monde social et plus généralement tout imaginaire a une reflet sur le droit, il convient de souligner que la société congolaise, composée de plusieurs groupements humains (tribus, clans, familles) d'origine bantou pour la majorité (33) a une conception de l'univers qui lui est propre et qui n'est pas étrangère au règlement des conflits par la conciliation. En tout état de cause "*qui veut comprendre la forme et le sens des institutions juridiques d'une société a intérêt à les rapporter non aux institutions de sa propre société, le rapprochement serait superficiel, mais à l'univers de celle dans laquelle il les observe*" (34). Par cette réflexion nous voulons souligner que si pour l'État la conciliation est une procédure de second ordre pour la société civile, elle constitue la procédure qui domine le règlement des conflits, une caractéristique que l'anthropologie nous aide à décrypter lorsqu'elle postule que chaque société construit son propre univers. Loin de prétendre donner le dernier mot dans un domaine aussi difficile que complexe à explorer, nous nous contenterons de souligner que plusieurs cycles mythiques expliquent chez les bantous la création universelle et l'apparition de l'humanité.

Certains mythes commentent l'existence d'une première humanité physiquement imparfaite (demi - hommes) ne possédant qu'un bras, une jambe, un œil, mais douée de pouvoirs magiques supérieurs : les nzondo pensés par les kongo qui disparurent dans le fleuve Congo (35).

Un mythe complémentaire (au Mayombe : les yombe du Sud Congo) explique l'apparition de l'humanité nouvelle par la naissance gémellaire, un couple de jumeaux primordiaux d'abord, séparés puis réunis et qui se trouvent ensuite à l'origine de la société (36).

Ainsi la cosmologie du monde bantou se présente souvent comme des histoires destinées à expliquer le monde actuel. Un élément commun à ces mythes est que le monde s'engendre à travers la différenciation, plus souvent en couple complémentaire, c'est-à-dire que plus on différencie, plus on a besoin les uns des autres ; c'est le principe de la cohérence, de l'équilibre par compensation qu'il faut toujours restaurer (37).

La grande différenciation demeure l'existence d'un monde réel composé de deux mondes : celui du visible et celui de l'invisible, chacun se décomposant en autant de sphères que de fonctions et c'est cette conception du réel, outre la complémentarité obligée entre le visible et l'invisible, qui entraîne une pluralité de circulation des énergies en fonction des polarités multiples qui interdisent de découvrir une causalité ultime et unique. Cette vision du monde se conçoit dans la distinction de rôle entre le jour et la nuit, le ciel et la terre, l'homme et la femme,...

(32) M. Alliot et E. Leroy, Cours D.E.A. Anthropologie juridique et politique, Paris, 1987-1988, p. 90.

(33) M. Soret, Histoire du Congo Brazzaville, Paris, Berger Levrault, 1972, p. 19.

(34) M. Alliot et E. Levy, Cours d'Anthropologie juridique et politique, D.E.A. d'Études africaines, *op. cit.* p. 91.

(35) Y. Bonnefoy, Cosmogonies bantoues, Dictionnaire des mythologies, Paris, Flammarion, 1981, pp. 242-247.

(36) J. Roumeguère Eberhardt dans Le Signe du début du Zimbabwe rapporte plusieurs mythes de la création dont celui du python chez les Venda, Luba et Zulu d'Afrique Australe, lequel python vit dans un trou d'eau tourbillonnante, eau du premier déluge qui a donné naissance au Fleuve Congo (Zaire).

(37) N. Rouland, Le système juridique traditionnel, in Anthropologie juridique, Paris, P.U.F, 1988, pp. 183-209.

Ainsi les bantous conservent une vision d'un monde sous-jacent qui reste vivace malgré la conversion au christianisme ou à l'islam ; leurs conceptions religieuses, leurs organisations sociales, les rôles des individus font référence à l'invisible d'une manière obligatoire car toutes ces représentations n'ont de sens qu'au sein d'une vision globale du monde dont il faut entretenir l'équilibre, la force vitale que transmet le monde invisible ; vision certainement complexe pour un européen ou un non-initié (38).

Le rôle de la divination a de ce fait une grande importance dans la vie sociale quotidienne du bantou. Il en découle que les hiérarchies, les organisations et les événements du monde visible ne sont que des émergences imparfaites de ce qui se déroule réellement dans l'invisible, d'où "l'obsession" des moyens protecteurs et de ceux qui vont commander l'équilibre social, la morale, la paix, la santé, la réussite : le chef, les rois, les médiums, les devins, les guérisseurs, les sorciers, équivalents dans le monde humain des forces invisibles, ou médiateurs privilégiés entre ceux-ci et la société. Ces intermédiaires agissent au moyen de rites, de sacrifices (solutions et remèdes nécessaires) en période de désordre, de crise, de maladie,... car il apparaît que l'essentiel demeure la recherche, à travers les conflits, de l'équilibre de l'ordre social qui résultera d'abord de l'harmonie avec les puissances invisibles.

En ce qui concerne le comportement des bantous, l'énergie vitale en constitue le moteur. La félicité suprême sera la possession de la plus grande puissance vitale et la pire des adversités la disparition de cette puissance. Toute maladie, toute souffrance, toute injustice sera considérée comme une diminution de force vitale. Tout acte portant atteinte à la hiérarchie, à l'accroissement des forces vitales, tout acte qui constituera une diminution de la vie sera ontologiquement mauvais, donc naturellement condamnable, donc injuste. Tout acte au contraire qui s'analysera en un renforcement des forces vitales universelles sera ontologiquement bon, donc juste.

Nous touchons ici au fondement même du droit, inséparable chez les congolais de leur philosophie, donc en harmonie avec leur vision de l'univers.

Alors que dans le droit étatique l'infraction pénale est un fait puni par la loi et pouvant être imputé à son auteur (39), elle est selon la coutume tout ce qui trouble l'ordre de l'univers fondé sur la hiérarchie des forces vitales. Une telle conception de l'infraction ne peut favoriser l'organisation des réponses aux transgressions des normes en tant que système nettement défini et circonscrit dans un cadre conceptuel. Ayant survécu à l'introduction du droit étatique, celle-ci a engendré dans la vie juridique une juxtaposition des règles étatiques et sociétales.

En captant les prérogatives des groupements humains, en se substituant à eux dans le domaine de la justice, l'État congolais issu de l'indépendance a accru l'autorité, voire le champ d'action des modèles étatiques et de la loi en conséquence ; mais cela ne signifiait nullement que la coutume dont la conciliation demeurait la clef de voûte cessait d'être opérationnelle en tant que technique de règlement des conflits. D'ailleurs *"aucun législateur ne pourra éviter de laisser au droit indigène une certaine place. Et même s'il envisageait réellement une réception en bloc, il serait douteux qu'il puisse exclure entièrement le droit indigène (la conciliation). Car il peut changer le droit du jour au lendemain, mais il ne peut changer les hommes*

(38) Notre monde moderne, scientifique connaît ses forces invisibles sous la forme des réalités scientifiques comme l'électricité ou l'atome. Le fondement de la nature pour le bantou est dans le monde invisible, comme il est dans les théories scientifiques, les formes physiques pour un occidental moderne.

(39) J.-C. Soyer, Droit pénal et procédure pénale, Paris, Cujas, 1977, p. 53.

*auxquels il s'applique*" (40). Si, ainsi que nous le croyons, une telle affirmation est fondée, la conciliation ne pouvait disparaître. Son importance commande sa mise en relief à travers les instances sociétales ou encore à travers les divers groupements humains composant la société congolaise.

## **B/ La conciliation par les instances sociétales**

Nous envisageons ici d'analyser la conciliation comme une procédure indépendante de la procédure judiciaire parce que, depuis toujours, elle demeure la règle de jeu de la société civile et déborde par voie de conséquence le cadre législatif. L'effectivité de ce débordement ne souffrant d'aucun doute, nous en mesurerons la portée à travers les paliers décisionnels qui jalonnent la société congolaise.

Notre réflexion mettra en lumière une multitude d'acteurs qui prennent en charge les litiges et évitent ainsi la voie judiciaire.

D'ores et déjà, nous pouvons relever qu'il existe dans le cadre de la politique criminelle de nombreux circuits de dérivation qui retiennent les litiges, les règlent, les détournent ainsi du cadre strictement judiciaire. En s'efforçant d'éviter les écueils tant par excès de détails qui dilueraient la compréhension d'une particularité de la réalité juridique congolaise, que par aveuglement dogmatique, nous rendrons compte des méthodes mises en œuvre par les instances sociétales pour parvenir à concilier les parties opposées et à cette fin, nous nous appuierons sur certains paramètres explicatifs comme la famille, le chef de quartier.

L'utilisation de ces instances apparemment fort éloignées de la politique criminelle, procède de l'idée qu'en dernière analyse on ne peut comprendre la conciliation que si elle est immergée dans le réseau des relations d'où elle est issue.

La réunion en un tableau de ces divers paramètres s'inscrit dans la spécificité même de la société congolaise et de sa politique criminelle au sein de laquelle la conciliation est une constante.

Les instances qui œuvrent à la conciliation demeurent multiples comme le souligne l'anthropologue Turnbull rapportant les propos d'un africain : *"c'est notre coutume de se rendre chez le chef de famille chaque fois que s'élève une dispute ; et si le chef de famille ne peut la régler, il la porte devant le chef de quartier. Si celui-ci ne peut la régler, il la porte devant le chef de la Tribu"* (41).

À la lumière de ces propos, il ressort que dans les groupements humains composant la société congolaise, les instances de règlement de conflit s'échelonnent depuis le lignage jusqu'au chef de tribu, illustrant entre autres la théorie africaine de la représentation selon laquelle *"seuls les individus considérés comme représentants du groupe peuvent intervenir dans la vie juridique... ; à chaque niveau de la stratification sociale, les groupes indifféremment de leur taille reçoivent des compétences propres, assumées par des représentants, lesquels sont seuls habilités à agir dans le champ du droit, l'individu ne peut communiquer avec le membre d'un autre groupe, entrer en contact avec le groupement voisin que par l'intermédiaire des représentants, lesquels ont un statut juridique autrement dit une position juridique qui déterminent l'ensemble des rapports en droit africain "* (42). C'est par ces représentants (le chef de famille, le chef de quartier, le chef de village) que s'exercent les relations juridiques internes, internes-externes, et externes. Dotés d'un pouvoir

(40) P. Koschaker, *Europa un das römsche recht*, Berlin, 1953, p. 145.

(41) C.-N. Turnbull, cité par Yves Brillon dans *Ethnocriminologie de l'Afrique*, Paris, Vrin, 1983, pp. 106.

(42) E. Leroy, *Justice africaine et oralité*, Bulletin de l'IFAN, 1974, pp. 569-570.

représentatif, ils œuvrent au maintien de l'équilibre social du groupe. Profondément impliqués dans la vie juridique, ils sont les principaux acteurs de la conciliation dont le mécanisme de fonctionnement sera dévoilé à travers leurs activités.

### 1. La conciliation familiale

La famille globale ou lignage différente de la famille "réduite" ou "conjugale" demeure l'entité de base de la population au Congo. Elle est "une société à structure élémentaire où le système juridique à fondement parental ne connaît que des rapports internes au groupe" (43).

Ce qui implique que les litiges entre deux membres d'une même famille, quelqu'en soit la gravité et la nature, ne peuvent être soumis à des arbitres pris en dehors du cercle familial, ce rôle revenant de droit au chef de famille.

Le chef de famille appelé couramment "fumu kanda" chez les kongos et "onga tsengue" chez les m'bochis est garant de la survie du groupe familial, aussi remplit-il des fonctions socio-économiques et juridiques. Cette dernière se ramène au maintien de l'ordre et de la paix. À ce titre il lui revient non seulement de régler les conflits qui se font jour au sein du cercle familial, mais aussi de le protéger car le chef doit à la fois dominer le monde concret et le monde abstrait. Sa force prévaut sur toutes les autres puisqu'il est présumé avoir hérité les forces individuelles des défunts ; toutes ces dernières accumulées en lui, lui confèrent celle qui doit régner sur les autres. Ses pouvoirs ayant un caractère paternel, il décidera toujours pour le plus grand bien de son entourage. En sa qualité de juge, lorsqu'un conflit mettra en péril l'équilibre du groupe, sa fonction principale sera d'éviter son éclatement par la conciliation des parties concernées. Sa compétence couvrira les litiges relevant aussi bien du domaine pénal que civil, lesquels aboutiront le plus souvent à des solutions voisines car l'idée qui est au centre de tout règlement est une idée de compensation plus que de sanction. Voilà pourquoi, dans les infractions comme l'adultère, l'abandon de domicile conjugal et les blessures volontaires qui mettent en conflit deux personnes d'une même famille, on évitera de porter l'affaire devant les tribunaux pour la régler selon les coutumes. L'influence des proverbes dans le dénouement des litiges n'est pas négligeable. "Ainsi, si ton couteau te blesse, il faut l'essuyer et le remettre, dans son étui" ou encore "le miel est dans le genou et la faim est dans le ventre" ce qui signifie que si vous cédez à la faim et que vous coupez votre genou vous restez estropié. De même si vous donnez libre cours à votre colère contre un membre de votre famille, vous porterez atteinte à l'intégrité du groupe qui assurera votre grand bien. Dans tous les cas, l'échec de la conciliation familiale conduit les deux parties à saisir l'instance supérieure c'est-à-dire le chef de quartier.

### 2. La conciliation dans les quartiers

Parce que la conciliation dans les quartiers des zones urbaines (villes) et rurales (villages) obéissent aux mêmes usages, nous limiterons notre propos à la pratique de cette technique dans les villes.

Cependant, pour mémoire, nous signalerons que le village comprend toujours "un clan fondamental, celui de l'homme qui le premier s'est installé avec les siens et à qui d'autres ont payé un tribut pour se joindre à lui" (44). Le chef du village

(43) E. Leroy, Justice africaine et oralité, *op. cit.*, p. 579.

(44) G. Dupré, Un ordre et sa destruction, Paris, O.R.S.T.O.M., 1981, p. 299.

nommé "*nga bula*" en pays n'zabi et "*okonzi tsengué*" en pays m'bochis est généralement issu du clan fondateur. Avec la colonisation et l'indépendance, ils perdent une partie de ses fonctions et prérogatives au bénéfice du chef nommé par l'État.

Mais le manque d'autorité sur la société civile de ces derniers, amplifié par l'échec de la politique de regroupement des villages et de leur développement économique depuis 1960 permet de constater que le "*nga bula*" et l'"*okonzi tsengué*" exercent encore une fonction judiciaire. En qualité de juges, c'est-à-dire "*mularimi*" en pays bembé et "*kani*" en pays m'bochis, ils sont les garants responsables de la paix villageoise ; à cet égard ils s'efforcent de faire avorter tous les conflits portés à leur connaissance par la conciliation des parties.

Ainsi jusqu'à ce jour, nombreux sont les villages où parallèlement au chef nommé par l'État existe un chef légitime auquel s'adressent non seulement la société civile pour le règlement des conflits, mais aussi le chef étatique pour les questions touchant à la vie du village. Cette dualité d'institutions parfois complémentaires peut cependant être observée dans les centres urbains et précisément certains quartiers hostiles à l'emprise étatique en matière judiciaire.

Le quartier est l'unité primaire dans une ville ou un village. Si sa formation dans les villages n'a nécessité aucune explication majeure, il n'en va pas de même dans les villes.

Les villes de Brazzaville et Pointe-Noire respectivement capitale politique et économique de la République Populaire du Congo comptent plusieurs arrondissements divisés en quartiers dans lesquels on observe la concentration forte d'une et même ethnie (45).

Ainsi les quartiers de Bakongo et de Poto-Poto à Brazzaville, M'Voumvou à Pointe-Noire sont successivement habités par les bakongos, likoualals, m'bochis et les vilis. Les quartiers Poto-Poto et Bakongo, seuls centres de notre intérêt ici présentent une homogénéité ethnique puisque le premier est peuplé de m'bochis, likoualals, kouyous (tous issus du groupe ethnique m'bochis), et le second en grande partie de kongo, lari bembé (tous issus des groupe ethnique kongo). Cette concentration trouve sa source dans diverses hypothèses parmi lesquelles nous retiendrons outre les causes socio-économiques, le droit du premier occupant, le quadrillage systématique des citoyens par l'administration coloniale.

Le droit du premier occupant est une résultante de la coutume qui considère que la terre appartient au premier installé ; en conséquence le futur migrant trouve en ce lieu (quartier) un espace de reproduction, de consolidation et de conservation du groupe (familial, clanique, ethnique, tribal) (46). Par le quadrillage systématique des citoyens, il faut entendre une politique volontaire de regroupement d'un même groupe ethnique afin de mieux contrôler le paiement des impôts, la délinquance, voire toute révolte.

(45) Cette vision des arrondissements n'est pas partagée par la société civile qui continue à les considérer comme de simples quartiers ; c'est pour cela que Bakongo, Poto-Poto, Ouenzé en ce qui concerne Brazzaville, M Voumvou et Tié-Tié pour Pointe-Noire, demeurent pour les populations des quartiers à la tête desquels il y a un chef.

Cette approche sociétale que nous retiendrons ici, semble être partagée par Etienne Leroy qui dénomme Bakongo quartier urbain de Brazzaville alors que théoriquement c'est un arrondissement divisé en plusieurs quartiers (E. Leroy, L'évolution de la justice traditionnelle dans l'Afrique francophone, in Revue canadienne des études africaines, 1975, p. 81).

(46) Voir sur la question : D. Desjeux, L'accès à la terre chez les paysans basoundis (région du Pool, Congo) pp. 126-132, in Enjeux fonciers en Afrique Noire par E. Leroy et alii, Karthala, Paris, 1982, 425 p.

Et en ce qui concerne les causes économiques et sociales, les premiers migrants appartenant à divers groupes ethniques et installés dans des zones urbaines déterminées ont continué et continuent d'ailleurs à entretenir des relations étroites avec leurs familles restées dans les villages. L'amélioration relative de leurs conditions de vie les a conduit dans le cadre de la solidarité ethnique à faire venir ou à accueillir dans les centres urbains leurs parents, contribuant ainsi à l'exode rural et surtout à la concentration d'une même ethnie dans les quartiers. Ceci permet une meilleure intégration économique et sociale, une récréation et préservation de la cohésion du groupe, les individus y trouvant épanouissement et sécurité. Aussi tout conflit non résolu à l'échelle familiale ou clanique aboutit chez le chef du quartier ; et lorsque les personnes concernées estiment que le quartier où il réside n'est pas représentatif de leur groupe ethnique, ils sont prêts à traverser toute la ville pour retrouver un chef de quartier qu'ils considèrent plus proche d'eux. Cette attitude est en partie dictée par le fait que d'un quartier à l'autre, la langue utilisée au cours des débats, les us et les coutumes varient. Et comme la résolution de tout conflit nécessite la participation active de toutes les parties, il y a lieu d'éviter les centres où l'on pourrait se sentir étranger : d'où la nécessité de s'adresser à un chef qui partage les mêmes coutumes que soi.

En définitive, la fonction de chef de quartier dépasse l'espace qu'il représente parce qu'il est aussi chef de groupe ethnique. Choisi parmi les familles les plus anciennes, il est désigné suivant des critères propres à la société civile qui se ramènent à la sagesse qu'entraîne l'ancienneté et l'expérience donnée par l'âge, la connaissance du monde visible et invisible.

Fort de ces qualités, le chef de quartier est plus apte à résoudre facilement les conflits. Le but poursuivi lors de leur règlement étant toujours la conciliation des parties, la décision que le chef de quartier est amené à prendre procède d'un long travail de dialogue et d'échanges basés sur les faits. Pour parvenir à cette finalité, le chef met en place des modèles de comportements lui permettant de proposer une solution au conflit qui serait la plus profitable pour l'intégrité, la cohésion du groupe.

Ces modèles peuvent être anciens ou nouveaux, selon l'intérêt du groupe et la nature du conflit. Cette démarche empruntée par le chef pour parvenir à la conciliation se justifie par le fait que le droit africain est un droit de modèle, moins rigide que le droit ou la loi occidentale antérieure au conflit. C'est un droit conciliateur, autrement dit *"un système qui permet de faire face à tous les problèmes juridiques qui surviennent puisqu'il contient la possibilité, si la référence aux modèles anciens ne suffit pas, de construire des modèles nouveaux. On ne risque pas de se trouver dans une situation de vide juridique comme il s'en produit parfois dans les pays où l'on applique le droit des lois"* (47).

Dans le processus qui conduit le chef de quartier à concilier les parties en conflit, proverbes, contes et chants vont concourir à reproduire les modèles de comportement indispensables à la réalisation de cet objectif, ceci de deux manières : tout d'abord en tant qu'instruments pédagogiques, ils vont familiariser les esprits à l'identification des modèles juridiques. En second lieu, en tant qu'instruments de droit ils vont eux-mêmes devenir modèles et jouer le rôle de code.

En fin de compte, la société civile nous livre une forme de justice sous tendue par des méthodes informelles et animée par des acteurs qui, au nom de l'intérêt du groupe et de sa cohésion, privilégient la conciliation, procédure que l'Etat

(47) I. Quiquerez, *Le langage du droit dans le conte africain*, Mémoire D.E.A. Anthropologie juridique, Paris, juin 1986, p. 44.

s'est empressé de mettre sous tutelle et d'enfermer dans un cadre législatif sans toutefois y parvenir.

## CONCLUSION

À la lumière de l'analyse des différentes techniques juridiques toujours en vigueur dans la politique criminelle congolaise, nous pouvons ranger le Congo parmi les États à droit mixte puisque, comme nous l'avons vu, parallèlement au système juridique étatique lui-même animé par deux droits différents, un droit d'inspiration libéral et un droit d'inspiration marxiste, il continue d'exister un système sociétal animé par l'application souterraine d'un droit traditionnel. Ces différents droits qui n'ont aucun lien entre eux s'entremêlent, se concurrent, se neutralisent même, et donne cette image incohérente de la politique criminelle congolaise toujours en pleine évolution.

Toute politique criminelle étant liée par essence au système politique en vigueur dans chaque pays, nous sommes à même de nous demander comment évoluera le système juridique congolais au regard des changements récemment intervenus (instauration du multipartisme et retrait de l'armée de la politique à compter du 1<sup>er</sup> janvier 1991).

Et plus précisément, quelle va être la place de la police parallèle, quels seront les rapports entre l'armée et la police officielle, comment fonctionneront les juridictions populaires alors que jusqu'ici les juges élus étaient nommés par le Parti unique au pouvoir (P.C.T.), et comment sera déterminé le rôle de la coutume par rapport à la loi ?

C'est la réponse à ces questions qui devrait contribuer à l'instauration d'une nouvelle politique criminelle où la volonté étatique de gérer tous les comportements au refus des normes serait moindre et où les droits de l'homme constamment violés seraient respectés.

# BILAN DE LA JURISPRUDENCE IVOIRIENNE RELATIVE AU DROIT APPLICABLE AUX FORMES DU MARIAGE

(EXEMPLE D'UNE RÉALISATION TENDANCIEUSE DU DROIT  
INTERNATIONAL PRIVÉ)

Par

Mustafa FREIJ

*Maître de conférences à l'Université de Lille II  
Ancien chargé de cours à la Faculté de droit d'Abidjan*

## SOMMAIRE

	Numéros
INTRODUCTION	1 à 5
I - UTILISATION DES RESSORTS DU RAISONNEMENT CONFLICTUEL	6
A - La qualification	7 à 8
a) Qualification du mariage religieux	9 à 12
b) Qualification du mariage coutumier	13 à 19
B - Le rattachement	20
a) La règle locus regit actum	21 à 26
b) La lex loci celebrationis	27 à 30
II - MISE EN ÉCHEC DU RAISONNEMENT CONFLICTUEL	31
A - Éviction de la loi étrangère	32 à 40
B - Éviction de la règle de conflit bilatérale	41 à 42
a) La qualification	43 à 44
b) Le rattachement	45 à 46
1°) Justification de la solution	47
2°) Portée de la solution	48 à 50
CONCLUSION	51

1 - De tout temps, la forme que doit revêtir le mariage a constitué la pierre d'achoppement de tous les concepts du Droit international privé. Jadis, elle "cristallisait le heurt des doctrines personnaliste et territorialiste" (1). Désormais, ce sont les systèmes bilatéral et unilatéral qui s'affrontent sur son terrain (2). Cela est dû à l'évolution des concepts de mariage et de conflit de lois.

2 - Dans un premier temps, le mariage, acte purement volontaire, s'est transformé en une institution sociale. "Le mariage, dit-on, est une espèce de corps social dépassant la volonté des époux" (3). Cette évolution a entraîné une transformation du mode de formation du mariage. La déclaration de la volonté des époux s'est avérée insuffisante pour former mariage, et la liberté contractuelle a cédé la place à la liberté nuptiale que d'aucuns considèrent comme une liberté publique (et non pas individuelle) (4). L'ordre social exige, pour la validité de la volonté des époux, la célébration du mariage par un officier public. Cette célébration confère au mariage son caractère essentiel de sorte que l'on peut dire que la qualification du mariage dépend de la qualité de l'officier qui le célèbre. Si cet officier est un chef coutumier, le mariage sera coutumier, s'il est membre du clergé, le mariage sera religieux et si, au contraire, il est le représentant de l'État, le mariage sera civil (5).

Dans un second temps, le mariage est en passe de devenir une institution purement légale ou administrative grâce au développement de deux facteurs. D'un côté, la laïcisation de l'État et des structures qui le composent entraîne inéluctablement la sécularisation du mariage. Le caractère religieux (ou sociologique) du mariage s'estompe pour laisser apparaître son caractère civil (ou légal) (6). Cela ne va pas sans accroître les pouvoirs des officiers de l'état civil. D'un autre côté, l'application des lois et des règlements administratifs et des normes internationales relatives à la nationalité et à la condition des étrangers fait ressentir la nécessité impérieuse de renforcer le contrôle qu'exerce l'État sur la régularité des mariages sur son sol. Il n'y a pas lieu de distinguer entre mariage des nationaux et mariage des étrangers. La régularité du mariage s'est vue assortie, au fil du temps, d'un nombre croissant de formalités et de contrôles préalables au mariage proprement dit (prévus aux articles 21 et suivants de la loi sur le mariage).

3 - Le mariage, conçu initialement comme un concept de droit fondamental (civil), est de plus en plus l'œuvre de l'administration publique. Le caractère territorial de la conclusion du mariage l'emporte sur son caractère personnel. Cela ne

(1) J. Mestre, *Le mariage en France des étrangers de statut confessionnel*, R. 1977. 659 et ss. Add. J. Pierron, *Le mariage, le divorce, la séparation de corps confessionnels des étrangers en France*, JCP 1948. I. 692.

(2) V. H. Batiffol, *Aspects philosophiques du droit international privé*, Paris 1956, p. 28.

(3) A. Weil et F. Terré, *Droit civil, Les personnes, la famille et les incapacités*, 5ème éd., n° 196, p. 174. Sur l'ensemble de la question, v. A. Coste-Floret, *La nature juridique du mariage*, th. Montpellier 1935. Portalis disait que "le mariage est un contrat où la société civile est partie", cité in Légier, *La règle locus regit actum et les conflits de lois en matière de forme des actes*, th. Aix-en-Provence 1976, n° 258, p. 287.

(4) V. Boulouis, *Famille et droit constitutionnel*, Mélanges Kayser 1979, T. 1, p. 147 et ss. Add. Ardant, note au D. 1978 p. 546 et ss., sous ass. plén. 19 mai 1978.

(5) V. Coste-Floret, *op. cit.*, p. 178 et ss.

(6) V. A. Weill et F. Terré, *op. cit.*, p. 173. Mais, s'agit-il d'un véritable changement de nature du mariage ? Certains auteurs émettent des doutes, v. J. Hauser et D. Huet-Weiller, *Tr. dr. civ., La famille*, LGDJ 1989, n° 17, p. 14. Quoiqu'il en soit, la controverse reste vive. Conf. Carbonnier, *Dr. civ. T. 2, La famille*, Thémis 1990, n° 12 et 15. Add. Benabent, *La famille*, 2ème éd., 1984, n° 56 et ss.; Marty et Raynaud, *Tr. dr. civ., Les personnes*, 3ème éd. 1976, n° 65 et ss.

va pas sans mettre en difficulté le rôle de la règle *locus regit actum* en matière de formes du mariage (7).

4 - Les nouvelles orientations du droit international privé du mariage sont confortées par les mutations au sein des conflits de lois. Les dernières décennies ont vu s'accélérer le déclin de la règle *locus*, ce qui témoigne de la crise profonde de la méthode conflictuelle suscitée par la complexité et les incertitudes que son fonctionnement perpétue dans les rapports internationaux (8).

Nous savons, en effet, que la résistance de la doctrine, fidèle aux traditions statutaires, au triomphe de la méthode conflictuelle bilatérale est restée vive de nos jours (9). Celle-ci a dû s'infléchir sur deux points. D'un côté, son exclusivisme est mis en échec par le développement des règles matérielles d'application immédiate, de source interne et internationale, qui régissent directement les rapports internationaux (10). De l'autre, la neutralité (11) de la méthode conflictuelle et son caractère objectif, ou bilatéral (12) sont battus en brèche par les particularismes nationaux et les spécificités de certaines matières qui apportent des tempéraments au fonctionnement des règles de conflit : le recours du législateur français à la méthode unilatérale dans le règlement des conflits internationaux (13) et la recherche constante des juges anglo-saxons de la "proper law" permettent de douter de l'objectivité, de la neutralité et de l'uniformité de la méthode conflictuelle (14).

Il en résulte que certaines règles de conflit, telles que la règle *locus regit actum*, sont l'objet de déformations, voire même d'abandon, dans certaines matières telles que le mariage.

5 - La jurisprudence ivoirienne s'est montrée sensible à ces mutations du droit du mariage et du droit des conflits de lois. Les quelques arrêts recensés démontrent l'orientation inéluctable de la jeune jurisprudence vers l'application de la loi ivoirienne à la forme du mariage quelle que soit la nationalité des époux et quelque soit le lieu de célébration du mariage. Les juges utilisent, à cette fin, toutes les

(7) V. Bischoff, Enc. Dalloz, Droit international, Mariage, n° 120. Comp. Niboyet, Traité, T. VI, n° 1571 ; Mayer, Dr. int. pr., Paris, 3ème éd., n° 549.

(8) Sur l'ensemble des critiques adressées à la méthode conflictuelle, v. Loussouarn, Cours général de droit international privé, Rec. cours de La Haye 1973. I, p. 279 et ss.

(9) V. Batiffol, Le pluralisme des méthodes en DIP, Rec. cours de La Haye 1973. II, p. 79 et ss. ; Kegel, Rec. cours de La Haye 1964, p. 92 et ss. ; Van Hecke, Principes et méthodes de solution des conflits de lois, Rec. cours de La Haye 1969, p. 399 et ss. Add. Patochi, Règles de rattachement localisatrices et règles à caractère substantiel (de quelques aspects récents de la diversification de la méthode conflictuelle en Europe), Et. suisses, Dr. international, vol. 42, 1985.

(10) V. Franceskakis, Quelques précisions sur les lois d'application immédiate et leurs rapports avec les règles de conflit de lois, R. 1966.1 et ss. Add. Batiffol et Lagarde, Tr. dr. int. pr., T. I, n° 3 et ss., p. 3 et ss. ; Loussouarn et Bourel, Droit international privé, 3ème éd. 1988, n° 69 et ss., p. 74 et ss. La question ne peut plus être discutée en matière de droit du commerce international. V. Les différents articles dans l'ouvrage collectif "Le droit des relations économiques internationales", Mélanges Goldman, Litec 1982.

(11) V. Loussouarn, La règle de conflit est-elle neutre ? Trav. com. fr. DIP, 1980-1981, T. II.

(12) V. Ghotot, Le renouveau de la tendance unilatéraliste en droit international privé, R. 1971. 209, 415 et ss.

(13) V. sur l'art. 310 du C. civ. français, dû à la loi du 11 juil. 1975, J. Foyer, Tournant et retour aux sources en droit international privé, JCP. 1976. I. 2762 ; Franceskakis, Le surprenant article 310, R. 1975. 553 ; Simon-Depitre, Le nouvel article 310 du Code civil, Clunet 1976. 823 ; Malaurie, La législation de droit international privé en matière de statut personnel, Trav. com. fr. DIP, 1975-1977.

(14) V. Loussouarn, et Bourel, op. cit., n° 134 et ss., p. 193 et ss. ; Loussouarn, Cours général, op. cit., p. 338 et s.

ressources de la méthode conflictuelle bilatérale (I) et n'hésitent pas à la mettre en échec par le recours à l'ordre public si elle s'avère plutôt encombrante (II) (15).

## I - UTILISATION DES RESSORTS DU RAISONNEMENT CONFLICTUEL

6 - La source de complications dans la recherche de la loi applicable en matière de mariage réside dans la pluralité de rattachement de ses différents aspects. Le droit positif a élaboré dans ce domaine tout un arsenal de règles de conflit dont le choix dépend d'une opération -souvent tendancieuse-, celle de la qualification (A). À cette difficulté s'ajoutent les incertitudes qui règnent à la suite de l'application, en matière de forme du mariage, d'une règle de conflit à multiples rattachements : la règle locus ne revêtant pas de signification uniforme, son emploi ne résout pas automatiquement le problème du choix de la loi applicable. La voie d'une recherche tendancieuse reste ouverte au juge (B). Suivant le cours normal des choses, le juge qualifie, rattache et détermine la loi applicable. Mais en pratique, notamment en matière de forme du mariage, le juge ivoirien, désireux d'appliquer la loi ivoirienne, sélectionne la règle de rattachement adéquate et qualifie le rapport litigieux de sorte qu'il entre dans la catégorie de rattachement prévue par la règle de conflit qui conduit à l'application de la loi ivoirienne. Le juge utilise, plus qu'il n'emploie, la méthode conflictuelle et le raisonnement syllogistique (16).

### A - La qualification

7 - L'opération juridique de qualification n'est pas propre au droit international privé et, encore moins, aux conditions de validité du mariage. Pourtant, c'est dans ce domaine que le problème se pose avec acuité et reçoit les solutions les plus contradictoires. Le choix de la règle de conflit et, partant, de la loi applicable, dépend de la qualification, forme ou fond, des conditions de validité du mariage.

8 - Certes, le problème peut se poser encore dans les termes du mariage religieux (a), mais c'est surtout le mariage coutumier, institutionnalisé dans certains pays d'Afrique, qui pose de sérieuses difficultés aux juges ivoiriens (b).

#### a) *Qualification du mariage religieux*

9 - Après de longues années d'hésitation entre les deux qualifications, forme ou fond, de la célébration religieuse du mariage, la jurisprudence française a inlassablement évolué dans le sens de la qualification "forme" (17). La cour de

(15) V. L. Idot, *Éléments d'un droit international privé africain*, Rev. jur. afr. 1990, n° 1 p. 7 et ss. Pour cet auteur, c'est une tendance générale "toutes les techniques sont utilisées pour revenir à l'application de la loi ivoirienne" (n° 8).

(16) C'est un phénomène général. Le juge, et en toute matière, utilise la liberté dont il dispose dans la construction des prémisses pour justifier la solution préalablement choisie. Cf. J. Ghestin et G. Goubeaux, *Tr. dr. civ.*, Introduction, 3ème éd. 1990, n° 55, p.41. Le syllogisme n'est qu'un habillage logique de l'intime conviction du juge. Conf. Carbonnier, *Sociologie juridique*, Thémis 1972, p. 201. Il y a lieu de parler de syllogisme inversé ou régressif. V. Ghestin et Goubeaux, *ibid.* Le droit international privé s'y prête, v. par ex. Paris, 10 jan. 1970, D. 1972. 122, note Malaurie. Cet arrêt a qualifié un trust de contrat synallagmatique pour le soustraire à l'autorité de la loi successorale (française en l'occurrence) "qualification tendancieuse, dénonce l'annotateur, qui infléchit le raisonnement en fonction d'un résultat souhaité".

(17) V. l'analyse remarquable de la jurisprudence française faite par G. Légier, *op. cit.*, n° 221 et ss., p. 257 et ss. et J. Mestre, *op. cit.*, n° 8 et ss. *Comp. D. Lefort*, note R. 1981. 511. *Add. Aix-en-Provence*,

cassation a, définitivement, tranché le débat par l'arrêt Caraslanis en considérant "que le problème de savoir si un élément de la célébration du mariage appartient à la catégorie des règles de forme ou à celle des règles de fond devait être tranché par les juges français suivant les conceptions du droit français, selon lesquelles le caractère religieux ou laïc du mariage est une question de forme" (18). Cette conception fut contestée à un double point de vue. D'abord, on a observé que la méthode employée ne laisse aucune place à la *lex causae* dans la qualification et, il est apparu singulier de ne pas interroger la loi étrangère religieuse sur la nature de la règle qu'elle institue, tout au moins dans la phase d'analyse qui précède le jugement (19). Or, les deux lois religieuses souvent sollicitées (la loi grecque et la loi espagnole) considèrent la célébration religieuse comme un sacrement qui donne au mariage son essence, autrement dit comme une condition de fond du mariage (20).

Ensuite, la qualification elle-même suscite beaucoup de réticences. Certains auteurs voient dans le mode de célébration civil du mariage français l'expression de son essence laïque (21). Il s'agit, donc, d'une condition de fond. L'argument principal est tiré des termes mêmes de l'article 75 du code civil dont il découle que l'officier d'état civil ne se contentera pas d'enregistrer les consentements des parties mais "il prononcera au nom de la loi qu'elles sont unies par le mariage" : autrement dit, il célèbre véritablement le mariage (22).

10 - Quoiqu'il en soit, la qualification formelle de la célébration du mariage semble acquise à l'heure actuelle en droit international privé français. Ainsi, on admet le mariage des français à l'étranger selon les formes locales, religieuses ou consensuelles. De même, la forme civile s'impose aux étrangers qui se marient en France (23). Le détachement de la forme du mariage de l'emprise de la loi personnelle est manifeste.

La position du droit positif a été confortée, du reste, par l'évolution du droit comparé (notamment en Espagne et en Grèce) vers une plus grande ouverture en matière de forme du mariage : la cérémonie religieuse du mariage est reléguée au rang d'une simple formalité parmi d'autres (24). Tout laisse à penser que le problème ne se posera plus à propos des derniers bastions du mariage religieux en Europe et perd, du coup, beaucoup de son intérêt (25).

21 jan. 1981, R. 1982. 301 et ss., note Légier et Mestre ; C. civ. 15 juin 1982, R. 1983. 300, note Bischoff ; Tr. Inst. Paris 7 avr. 1981, R. 1981. 511, note Lefort, JCP. 1983. II. 19984, Labrusse.

(18) C. civ. 22 juin 1955, R. 1956. 723, note Batiffol, D. 1956. 73, note Chavrier, JCP. 1955. II. 8928, Clunet 1955. 682, note Siallili. Add. Ancel et Lequette, Les grands arrêts de la jurisprudence française en matière de droit international privé, p. 210 et ss.

(19) V. Batiffol et Lagarde, *Traité*, T. I, op. cit., n° 294, p. 371 ; Loussouarn, et Bourel, op. cit., n° 191, p. 291.

(20) La décadence du mariage religieux est consommée en droit comparé, cf. Mestre, op. cit., n° 3 et 35 et ss.

(21) V. Chavrier, note précitée.

(22) V. Planiol et Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, T. III, 2ème éd. par A. Rouast, 1952, n° 69. Cependant contra, Carbonnier pour qui "la décadence du mariage civil en tant que cérémonie est un des traits les plus suggestifs de notre droit", (*Terre et ciel dans le droit du mariage, in Le droit privé au milieu du XXème siècle, Études offertes à G. Ripert 1950, T. I, p. 328*).

(23) V. P. Mayer, op. cit., n° 544 et ss., p. 436 et ss. ; Loussouarn et Bourel, op. cit., n° 291 et ss., p. 458 et ss. ; Batiffol et Lagarde, op. cit., T. II, n° 420 et ss., p. 44 et ss.

(24) V., les art. 49 et 50 de la loi espagnole n° 30/1981 qui prévoient toutes les formes du mariage, cf. Cerillo Salcedo, *La nouvelle réglementation du mariage en droit international privé espagnol*, R. 1983.1 et ss. Add. l'art. 1367 du C. civ. grec (dont la rédaction est due à la loi du 5 avr. 1982) qui admet les deux formes du mariage (civile et religieuse).

(25) Seul le mariage israélien pose encore le problème de la célébration religieuse aux juges français. Le mariage musulman est assimilable, du point de vue de sa forme, au mariage laïque, Elgeddawy, *Relations entre systèmes confessionnel et laïque en droit international privé*, Dalloz 1971, n° 139, p. 108. "Le droit musulman ne fait pas de la célébration du mariage une condition du fond", *ibid.*, n° 149

11 - La qualification du mariage religieux peut être soulevée, quoique plus rarement, en droit ivoirien à la suite de la présence de ressortissants israéliens sur le sol ivoirien. ainsi, dans l'affaire Abergel/Odiz (26), il s'agissait de deux israéliens mariés devant le rabbin en Israël. Désirant divorcer, en Côte d'Ivoire, l'épouse saisit la juridiction ivoirienne qui se déclare compétente. Le mari conteste la décision devant la Cour d'appel d'Abidjan par le motif que le mariage religieux noué par un rabbin ne peut être dissout, d'après la loi israélienne, que par un rabbin (et non par le juge ivoirien).

La Cour d'appel, semblant vouloir entériner la jurisprudence Levinçon (27) lui a donné raison en confiant toute l'affaire à la loi israélienne : de la qualification jusqu'au rattachement. "Considérant qu'il résulte des documents produits aux débats que le divorce de même que le mariage selon la loi personnelle des parties, relève de la compétence exclusive du rabbin qui est une autorité religieuse ; qu'ainsi le divorce et le mariage ont un caractère essentiellement religieux...". Autrement dit, la Cour a adopté la qualification *lege causae* et a considéré le mode de célébration du mariage comme une condition de fond soumise à la loi personnelle (28). On ne peut être plus libéral en droit international privé. Cependant, c'est d'un faux libéralisme qu'il s'agit, car la Cour attribue à la loi israélienne, par la qualification, une compétence qu'elle entend restituer à sa loi nationale par le biais de l'ordre public : "qu'en conséquence, ajoute l'arrêt, la loi hébraïque heurte l'ordre public et doit être écartée par le juge ivoirien au profit de la loi du for".

12 - La qualification *lege causae* tend, en l'espèce, à favoriser l'application de la loi ivoirienne en sa vocation subsidiaire de *lex fori*, compétente à la suite de l'éviction de la loi étrangère par l'ordre public : c'est en cela que la qualification est tendancieuse (29).

### *b) Qualification du mariage coutumier*

13 - Le mariage coutumier diffère du mariage religieux en ce qu'il est essentiellement consensuel et rebelle au formalisme. Le mariage coutumier pose fréquemment le problème de qualification au juge ivoirien étant donné sa prospérité dans l'environnement juridique africain.

La source des difficultés réside dans la contradiction entre la position du législateur ivoirien et celle des autres législateurs africains. À la condamnation sans appel du mariage coutumier par le législateur ivoirien (30), correspond sa consécration par les législations africaines des pays limitrophes (31).

---

car "rien n'est plus étranger au droit musulman que le formalisme et les fictions" Mossallem, *L'ordre public devant le juge égyptien*, th. Paris 1949, p. 138.

(26) V. C.A.A. 12 juin 1981 (inédit), obs. L. Idot, *Éléments...*, op. cit., n° 16, p. 14, qui parle de "Levinçon ivoirien" vu la similitude des faits dans les deux espèces.

(27) V. C. civ. 29 mai 1905, D.P. 1905. I. 353, S. 1906. I. 161, note Pillet, R.1905. 1006.

(28) V. sur les critiques adressées à la solution Levinçon, Franceskakis, J.-cl. dr. int., fasc. 547 B n° 155 ; contra, Lerebourg-Pigeonnière, *Précis DIP*, 6ème éd., n° 337, p. 365 et ss. Du reste, cette qualification n'a aucune portée en droit français depuis l'arrêt Caraslanis, cf. Bauffol et Lagarde, op. cit., T. II., n° 448, p. 81. Add. Loussouarn et Bourel, op. cit., n° 332, p. 531. Cependant, l'idée ne semble pas avoir été totalement abandonnée, comp. Tr. Ins. Pontoise 7 avr. 1981 (motifs), précité.

(29) C'est d'autant plus fâcheux que le litige porte, en l'espèce, sur la compétence du juge civil ivoirien qui relève, à coup sûr, de la compétence de la loi ivoirienne même en matière de divorce. V. infra n° 37 et les références en note.

(30) Toutefois, la résistance du droit coutumier au droit moderne en Côte d'Ivoire n'est plus à démontrer. Cf. J. Obie, (La résistance de la coutume à la loi dans la structure familiale, communication au congrès des juristes africains, Libreville 17-19 mai 1986), d'après laquelle, la grande majorité des

14 - Seule la technique de qualification permet d'assurer au juge ivoirien une sortie honorable de l'embarras auquel le conduit le mariage coutumier international. Deux arrêts illustrent bien cette attitude. Le premier ayant trait à la méthode et le second à l'objet de la qualification.

15 - 1°. Dans l'affaire N'Daye (32), c'est la méthode de qualification qui fait fortune. Il s'agit d'une union coutumière contractée au Sénégal et rompue, à l'initiative de l'épouse, après une vie commune qui a duré dix ans, à Abidjan. L'époux, considérant abusive la rupture du lien qu'il qualifie, tantôt de "fiançailles" et tantôt de mariage, assigne sa partenaire en dommages et intérêts. Le premier juge, considérant qu'il s'agit d'un mariage coutumier régulièrement dissout, décide qu'il n'y a pas d'abus pouvant donner lieu à dommages et intérêts. Le mari, insatisfait, soumet le litige à l'appréciation des conseillers à la Cour d'appel. Ces derniers, manifestant leur hostilité à l'égard du mariage coutumier, déclarent que seul le mariage civil mérite la qualification de mariage. "Considérant que selon l'article 19 de la loi du 7 octobre 1964 relative au mariage, seul le mariage célébré par un officier de l'état civil a des effets légaux", le lien litigieux reste cantonné dans les fiançailles préalables au mariage. Cette qualification permet, évidemment, l'application de la loi ivoirienne à la question de savoir si la rupture des fiançailles à Abidjan était abusive et, donc, génératrice de préjudice. La loi ivoirienne agira en tant que *lex loci delicti commissi* (33).

---

jeunes ivoiriens se marient coutumièrement. Add. L. Idot, *Le droit de la famille en Côte d'Ivoire*, un exemple de droit mixte, *Études et Documents du CIREJ* n° 2, 1987, p. 7 et ss., notamment, n° 37 et ss. J.-cl. Droit comparé "Côte d'Ivoire". Du reste, c'est un phénomène juridique généralisé en Afrique, cf. M. Alliot, *Les résistances traditionnelles au droit moderne*, *Études de droit africain et malgache*, Paris, Cujas 1965. V. aussi, les travaux du colloque de Dakar sur le thème : la résistance du droit africain et la protection du patrimoine culturel, *Rev. sénég.* 1977.

(31) Même dans les pays où les coutumes générales ont été abrogées, celles relatives à la forme du mariage ont été préservées. V. sur les art. 114, 115 et 830 du C. sénégalais de la famille de 1972 ; S. Guinchard, *Le mariage coutumier en droit sénégalais*, *RIDC.* 1978.811 et s. ; C. sup. Sén. 25 nov. 1974, *Rev. sénég.* 1974 (déc.) p. 47. Add. sur la loi nigérienne du 16 mars 1962 et la loi congolaise du 29 mai 1961. Lampue, *La diversité des statuts de droit privé dans les États africains*, *Penant* 1961, p. 1 et ss. ; *Droit écrit et droit coutumier en Afrique francophone*, *Penant* 1979, p. 246 et ss. ; Kouassigan, *Des conflits interpersonnels et internationaux de lois et de leurs incidences sur la forme du mariage en Afrique noire francophone*, *R.* 1978. 611 et ss. V. aussi sur l'art. 368 du C. zaïroise du 1er août 1987, Tshibanga Tshioso Kala, *La réforme zaïroise du droit de la famille*, *Rev. jur. zaïroise 1990-1991*, p. 99 et ss. ; et sur l'art. 81 de l'ordonnance camerounaise du 29 juin 1981, S. Ombiono, *Le mariage coutumier et le droit positif camerounais*, *Penant* 1989, p. 32 et ss. L'attitude du législateur camerounais est d'autant plus remarquable qu'elle s'est infléchie devant la résistance du droit coutumier à la loi du 11 juin 1968, v. c. supr. Cameroun 15 fév. 1973, *Rev. camer.* 1974, n° 6, p. 175. L'attitude du législateur rwandais s'est infléchie, à son tour, devant la résistance du mariage coutumier, cf. Ntampaka, *L'évolution des droits de la femme au Rwanda*, *Penant* 1988, p. 43 et ss. Cependant, *contra*, art. 4, 5 et 8 de la loi guinéenne du 14 avril 1962, cf. P. Gulphe, *Réflexions sur la législation guinéenne en matière de mariage*, *Ann. afr.* 1969 p. 89 et ss. Cette conception civiliste du mariage s'est imposée dans les codes récents de la famille en Afrique. Voir le code burkinabé du 31 oct. 1989 qui ne laisse guère de place au mariage coutumier, cf. F. M. Sawadogo, *Le nouveau Code Burkinabé de la famille*, *Rev. jurid. et pol.* 1990 n° 3, p. 373 et ss. Add. H. Nuytinck, *Les principes du nouveau droit de la famille au Burkina Faso*, *Penant* 1991 (juin-oct.) p. 258. V. aussi, le code civil gabonais tel qu'il est modifié par la loi du 30 déc. 1989. V., également, l'art. 822 du nouveau code congolais de la famille du 17 oct. 1984 et F. Mouguengue, *Le droit international privé de la famille*, *Rev. cong. de droit* 1989 (n° 6), p. 11 et ss. et 1990 (n° 7/8), p. 36.

(32) V. C.A.A. 15 janv. 1974, *RID.* 1976 (1-2) p. 36, obs. Landraud ; L. Idot, *Éléments... op. cit.*, n° 13.  
 (33) V. L. Idot, *ibid.* C'est le rattachement qui a la faveur de la doctrine française, v. Batiffol et Lagarde, *op. cit.*, n° 415 note 4 bis ; Loussouarn et Bourél, *op. cit.*, n° 288 p. 455. *Comp. c. supr.* 4 avr. 1969, *RID.* 1970 (2) p. 30. Mais il n'est pas le seul concevable. P. Mayer préfère le rattachement au statut personnel, *op. cit.*, n° 543. En faveur de la loi du mariage, voir Tr. gr. inst. Pontoise 23 avr. 1969, *Clunet* 1969. 928, note Dayant. Cf. sur l'ensemble de la question, Weil, *Enc. Dalloz*, *Droit international "Fiançailles"*.

16 - Afin de parvenir à ce résultat, la Cour a utilisé abusivement la méthode de qualification *lege fori*. Normalement, la qualification *lege fori* se limite aux questions nécessaires au choix et à l'application de la règle de conflit. Il aurait suffi, en l'espèce, de relever la nature matrimoniale du couple N'Daye. Cette qualification aurait été suffisante pour faire entrer le litige dans la catégorie "mariage" (34).

17 - La détermination de la nature civile, coutumière ou consensuelle (fiançailles) du lien matrimonial relève, à coup sûr, de la qualification *lege causae* en tant que "qualification de fond" : c'est le premier postulat du syllogisme de la solution au fond du litige. Il n'est même pas nécessaire de distinguer entre conditions de fond et de forme du mariage, pas plus, d'ailleurs, qu'entre ses effets personnels et pécuniaires, puisqu'il s'agit d'un couple sénégalais dont le lien est noué au Sénégal.

Suivant les différentes règles de conflit en présence, le lien matrimonial du couple N'Daye est soumis, dans sa totalité, à la loi sénégalaise. D'abord, les conditions de fond ainsi que les effets du mariage aussi bien personnels que pécuniaires, y compris le régime matrimonial (35), sont soumis, en droit international privé ivoirien, à la loi sénégalaise en sa qualité de loi personnelle (nationale) des époux. Ensuite, conformément à l'article 29 de la loi sur le mariage, qui a reproduit l'ancien texte de l'article 170 du code civil, la loi sénégalaise régit les conditions de forme du mariage en sa qualité de *lex loci celebrationis*. Tout converge, donc, vers l'application de la loi sénégalaise. De même, le mécanisme de la qualification *lege fori*, tel qu'il est élaboré par les auteurs, réserve à la *lex causae* les "qualifications de fond" postérieures à la désignation de la loi applicable (36). Pour savoir si on est en présence d'un mariage coutumier ou consensuel ou simplement de fiançailles, la loi sénégalaise est incontournable. En appliquant, immédiatement, l'article 19 de la loi ivoirienne sur le mariage qui n'a qu'une portée interne, au détriment de la loi sénégalaise, seule compétente quelque soit le point de vue dont on envisage le litige, la Cour d'appel a détourné toutes les règles de droit international privé, ci-dessus mentionnées, de leurs objectifs en plaçant le débat sur un terrain impropre : celui de la qualification (37). Ceci s'expliquerait par la

(34) Il faut, évidemment, prendre les risques d'élargir la catégorie interne de mariage. La jurisprudence française n'hésite pas à prendre de tels risques, cf. c. crim. 14 fév. 1929, S. 1930. I. 280 ; add. Hanoi 25 mars 1949, R. 1950. 399, note Ponsard. D'après Batiffol et Lagarde (Tr. T. II, n° 417), l'union des sexes est un problème commun à toute l'humanité. Les solutions qu'il reçoit peuvent être classées dans la catégorie "mariage" malgré les différences notables entre elles à condition, bien sûr, "que le droit étranger leur confère une stabilité et des effets" Loussouarn et Bourel, op. cit., n° 286 p. 454. Ces auteurs donnent comme exemple l'union libre prévue et réglementée par le C. civ gabonais de 1972 (art. 377 à 388), *ibid*, note 3, duquel on peut rapprocher les mariages purement consensuels, comme celui de notre espèce, que l'art. 146 du C. de la famille sénégalais considère valable, cf. Guinchard, op. cit., n° 41 et ss.

(35) La solution repose sur les termes de l'art. 68 de la loi du 7 oct. 1964 relative au mariage, cf. Demetz, *Le droit du mariage en Côte d'Ivoire*, LGDJ 1974, n° 331 et ss., p. 287 et ss. ; Ayie-Ayie, *La loi applicable aux régimes matrimoniaux en Côte d'Ivoire*, Jour. afr. dr. internat. 1990 n° 1. Add. c. supr. 11 fév. 1972 (Boka), RID 1972 (3-4), p. 63 et s.

(36) V. Batiffol et Lagarde, Tr. T. I., n° 295 ; Loussouarn et Bourel (op. cit., n° 193) parlent de qualification en sous ordre.

(37) V. Landraud, *obs. précitées*. En revanche, Melle Idot trouve que "en réalité, le raisonnement se tient tout à fait. L'article 29 est inopérant dès lors qu'il n'y a pas de mariage civil" (Éléments... op.cit., n° 13). Autrement dit, pour cet auteur, l'art. 19 contient une règle de qualification et l'art. 29 une règle de rattachement. "La catégorie "mariage" est définie en droit ivoirien par l'art. 19 de la loi sur le mariage" dit-elle (*ibid.*). Cette opinion suscite deux observations. D'abord, il nous semble douteux qu'on puisse voir dans l'art. 19, qui ne parle que des effets du mariage, une qualification de cette institution. Une institution se définit, essentiellement, par ses éléments et sa finalité et non par ses effets et "ce n'est pas le régime d'un concept qui en détermine la nature" Bergel, *Différence de nature (égale) différence de régime*, RTDCiv. 1984. 254 et ss., n° 10. Ensuite, le rapprochement des deux textes en détermine la

répugnance à concéder à la loi étrangère ce que la loi ivoirienne ne peut récupérer par l'exception de l'ordre public (38).

18 - 2°. Dans l'affaire Berrah, le problème était différent mais le raisonnement des juges dérive vers le même objectif. La méthode de qualification a été maintenue tout au long du procès, mais la qualification, elle, changeait à chacun des stades de son développement. Le sieur Berrah et la dame Salmon, français résidant au Maroc, se sont mariés en 1956 (juste après l'indépendance) dans leur pays de résidence suivant la coutume musulmane. Plusieurs années plus tard, ils résident à Abidjan et se font naturaliser ivoiriens. En 1969, l'épouse demande le divorce et l'époux nie l'existence même du mariage, faute du respect des formes marocaines. Le tribunal, puis la Cour, faisant appel à la règle *locus*, reconnaissent la compétence de la loi marocaine d'après laquelle le mariage est valable. Mais, concurremment à la loi marocaine, la Cour applique la loi ivoirienne en qualifiant le litige de question de preuve soumise à la *lex fori* (39).

19 - La Cour suprême, saisie ultérieurement de cette affaire, a poussé beaucoup plus loin la compétence de la loi ivoirienne en adoptant une qualification toute différente du litige. "Attendu que Ghoulem Berrah et Dame Salmon dont la nationalité ivoirienne et le statut civil ne sont pas contestés sont effectivement soumis à la législation sur le mariage telle que résultant désormais de la loi ivoirienne du 7 octobre 1964" et elle ajoute que "la Cour d'appel ayant relevé la nationalité ivoirienne des époux Berrah et constaté leur possession d'état d'époux, devait leur faire application de l'article 48 de la loi du 7 octobre 1964" (40).

La Cour qualifie le litige de "possession d'état d'époux" et le fait entrer dans la catégorie "statut civil" afin de le rattacher à la loi ivoirienne du 7 octobre 1964 par le point de rattachement prévu à l'article 3 du Code civil, à savoir la "nationalité ivoirienne". Il ne s'agit plus d'une condition de forme de l'acte de mariage dont la preuve peut être demandée subsidiairement à la loi ivoirienne mais d'un élément de l'état des personnes ivoiriennes qui relève, exclusivement, de la compétence de la loi ivoirienne. La souveraineté de celle-ci est plus solidement établie sur cette nouvelle base. Le but poursuivi par le juge n'a pas varié, mais les moyens pour y parvenir se sont diversifiés (41).

---

portée respective. L'art. 29 qui aboutit à la validité des mariages coutumiers, prohibés en droit ivoirien, ne concerne que les relations internationales, alors que l'art. 19 qui parle "des effets légaux" se réfère, explicitement, aux mariages soumis à la loi ivoirienne : d'un côté, seuls les effets prévus par cette dernière peuvent être qualifiés de "légaux" en droit international privé ivoirien. De l'autre, un mariage civil ne produit les effets que lui attache la loi ivoirienne que s'il est ivoirien. Le mariage français restera soumis à la loi française quant à ses effets bien qu'il soit civil.

(38) Nous savons, en effet, que l'ordre public international ne réagit avec force qu'à l'encontre de la création de situations juridiques. Son effet est atténué lorsqu'il s'agit, comme en l'espèce, d'apprécier l'efficacité de situations régulièrement créées à l'étranger, v. *infra* n° 35 et note (74).

(39) C.A.A. 9 janv. 1970, RID. 1970 (4) p. 29. V. aussi, Bourel, *Clunet* 1972. 342 pour qui "la référence à la loi du for paraissait en l'espèce inutile".

(40) C. sup. 11 déc. 1970, RID. 1972-1973 (1-2), p. 77 et ss.

(41) Dans une espèce proche, la Cour d'appel de Dakar a préféré agir sur le rattachement pour étendre le domaine de la loi sénégalaise, loi du domicile commun des époux, au mépris de la loi marocaine, *lex loci celebrationis* (C.A. Dakar 5 mars 1971, R. 1971. 722, note Gulphe). Solution critiquable, du reste, parce que contraire à tous les principes de droit international privé : colonial, sénégalais et marocain qui reconnaissent une égale validité au mariage coutumier et au mariage civil. En effet, l'art. 170 du Code civil, en vigueur à l'époque au Sénégal, conduisait à l'application du droit marocain, lequel reconnaissait la validité du mariage coutumier des citoyens français originaires des territoires d'outre-mer et ceci, sans heurter de front leur loi nationale. *Comp. C.A Burundi* 22 sept. 1964, *Penant* 1965, p. 360, note Rozier, R. 1966. 688.

## B- Le rattachement

20 - Les ardeurs de la doctrine personnaliste s'étant atténuées (42), le rattachement de principe des formes du mariage à la loi locale a été proclamé, dès le début du siècle, comme l'application la plus marquante de la règle *locus regit actum* propre aux actes juridiques (a).

Mais, l'évolution du droit positif du mariage, sa désacralisation et son institutionnalisation, ont eu pour conséquence de transformer le rattachement facultatif de la règle *locus* en un rattachement obligatoire qui sera mieux formulé par la *lex loci celebrationis*.

### a) La règle *locus regit actum*

21 - Les choses ont toujours été claires pour les auteurs car le syllogisme est sans faille. La forme des actes juridiques est soumise à la loi du lieu de leur conclusion. Le mariage étant un acte juridique, sa forme doit, donc, être conforme à la loi du lieu de sa conclusion (43).

L'empire de la règle *locus* s'était imposé d'autant plus facilement qu'elle revêt un caractère facultatif qui laisse une place à la loi personnelle dans la construction jurisprudentielle du droit applicable à la forme du mariage (44). Le caractère facultatif de la règle laisse aux époux le choix de suivre soit les formes locales, soit celles prévues par leur loi nationale. L'attraction de la loi personnelle est, évidemment, très grande dans le cas où les deux époux ont la même nationalité ou la même loi personnelle. Il n'y a qu'avantage à ce que l'ensemble des conditions de fond et de forme du mariage, ainsi que ses effets, soient soumis à l'autorité de la même loi. Mais, l'autorité de la loi locale s'avère irrésistible dans les cas de différence de nationalité ou de droit personnel des époux (45). La règle *locus* leur offre la possibilité de se marier suivant les formes locales qu'ils sont censés connaître et auxquelles ils peuvent se conformer sans difficulté. La loi locale présente, également, des avantages dans le cas où les formalités prévues par la loi personnelle des futurs époux sont inaccessibles à l'étranger. Enfin, et en tout état de cause, les parties trouvent un avantage à ce que leur mariage soit reconnu valable par la loi de leur domicile, aussi bien vis-à-vis des autorités locales que des particuliers.

22 - Les fondements, rationnel et pratique, du caractère facultatif de la règle *locus* ont été étayés par un fondement textuel. En effet, d'après l'article 170 du Code

(42) Il convient de rappeler la doctrine personnaliste qui a connu un immense succès dans ce domaine, aussi bien en droit conventionnel (la convention de La Haye de 1902 sur le mariage est imprégnée de personnalisme) qu'en jurisprudence. V., outre l'arrêt *Levinçon* précité, Tr. Seine 28 avr. 1906, R. 1906. 751 ; 25 nov. 1907, R. 1908. 248 ; 19 dec. 1921, R. 1922-1923. 426. Toutefois, ce succès est resté éphémère car il n'a pas séduit la doctrine, profondément attachée aux principes de la République laïque. V. Pillet, *Principes de droit international privé*, Paris 1903, n° 59. De surcroît, la convention de 1902 a été définitivement remplacée par celle de 1978 qui opte pour la loi locale. V. Batiffol, R. 1977. 467.

(43) V. Batiffol et Lagarde, *op.cit.*, n° 419, p. 43 ; Mayer, *op. cit.*, n° 544, p. 436 ; Loussouarn et Bourel, *op. cit.*, n° 290, p. 457. V., cependant, Vareilles-Sommières, *La synthèse du droit international privé*, éd. Cujas 1972, n° 103 et ss. et 1065, pour qui la règle *locus* revêt un caractère impératif en toute matière en France et facultatif à l'étranger ; conception que ne partagent pas les autres statutaires, v. les références citées par l'auteur.

(44) Le caractère facultatif de la règle *locus* signifie que la loi locale ne s'applique qu'autant que les parties n'ont pas choisi une autre loi. Ce choix est, du reste, limité. Cf. C. civ. 28 mai 1963 (*Chaplin*), D. 1963. 677 et la note, JCP. 1963. II. 13347, note Malaurie, Clunet 1963. 1004, note Goldman, R. 1964. 513, note Loussouarn.

(45) V. Légier, *op. cit.*, n° 248, p. 279.

civil, dont les solutions ont été reprises aux articles 29 et 30 de la loi du 7 octobre 1964 sur le mariage (46), le mariage des ivoiriens à l'étranger est valable s'il a été contracté en conformité, soit avec les formes locales, soit avec les formes ivoiriennes. La bilatéralisation de ces solutions a permis de forger une véritable règle de conflit bilatérale conforme à la règle locus sous sa forme facultative (47).

23 - La jurisprudence française est restée pendant longtemps (jusqu'en 1981) (48) attachée au caractère facultatif de la règle locus, tout au moins concernant le mariage des français ou des étrangers à l'étranger.

24 - Beaucoup d'auteurs lui restent encore fideles (49).

25 - La position de la jurisprudence ivoirienne à son égard est ambiguë. À première vue, les arrêts reconnaissent l'autorité de la règle pour régir les formes du mariage, des ivoiriens ou des étrangers, célébré à l'étranger. Ainsi, nous l'avons vu, la règle locus a été consacrée par la Cour d'appel d'Abidjan dans l'affaire Berrah (50). D'après cet arrêt, "en vertu de la règle locus regit actum et de l'article 170 du Code civil français le mariage contracté entre français en pays étranger est valable s'il a été contracté dans les formes usitées dans ce pays".

Mais la surprenante référence au texte français (51), dont les dispositions ont été ivoirisées par l'article 29 de la loi sur le mariage, brouille les pistes et sème le doute quant au fondement de la compétence de la loi locale : est-ce à titre principal ou bien par renvoi de la loi personnelle qui serait principalement compétente concernant la forme d'un mariage religieux qualifiée de règle de fond (52) ? La Cour suprême n'a pas dissipé totalement le doute en déclarant "la loi marocaine applicable en l'espèce aux formes du mariage". Cette analyse corrobore la référence explicite à la loi personnelle comme loi applicable au mariage hébraïque dans l'arrêt Abergel (53). Mais, dans un cas comme dans l'autre, le fondement du rattachement à la loi étrangère est resté aussi fragile que provisoire puisqu'il a été abandonné à la première proclamation de compétence de la loi ivoirienne.

26 - Un autre arrêt de la Cour d'appel d'Abidjan, du 14 décembre 1984 (54), semble donner des assises plus confortables à la compétence de la loi locale en se

(46) Il faut ajouter à ces textes les dispositions des articles 32 et 33, 98 et 99 de la loi du 7 oct. 1964 sur l'état civil qui reprennent les mêmes solutions en les précisant.

(47) V. Loussouarn et Bourel, *ibid.* Certaines législations ont formulé la règle bilatérale dans un texte. V. art. 843 al. 2 C. de la famille sénégalais. Mais, la force de la règle divise la doctrine. Pour le caractère facultatif, voir Bourel, *Le nouveau droit international privé sénégalais de la famille*, Rev. sénég. 1973, p. 5 et ss. Pour le caractère impératif, voir Kouassigan, *Des conflits interpersonnels*, op. cit., p. 23.

(48) V. Aix-en-Provence, 21 janv. 1981 précité, note Légier et Mestre. Add. C. civ. 15 mai 1974, R. 1975. 260, note Nisard, Clunet 1975. 298, note Alexandre.

(49) V. Légier, op. cit., p. 339 ; Bischoff, Enc. Dalloz, droit international "mariage", n° 129 ; Loussouarn et Bourel, op. cit., n° 295, p. 463 et ss. ; contra, Vincent et Ponsard, J-cl. internat. fasc. 546-3, Mariage, conditions de forme 1958 n° 129.

(50) Précité supra n° 18 et ss.

(51) Rapprocher la jurisprudence de la Cour suprême du Sénégal du 15 mars 1969 (Penant 1970, p. 370, Rev. sénég. 1970 n° 7 p. 61, Clunet 1972. 332, obs. Bourel) et du 29 nov. 1969 (Penant 1970 p. 371 ; Rev. sénég. 1970 n° 3 p. 63 ; Clunet 1972. 332, obs. Bourel) qui se réfère également à l'art. 170 C. civ.. Cette référence n'a pourtant pas la même signification qu'en droit ivoirien puisque le texte n'a pas été aboli au Sénégal. V. Gulphe, Rev. sénég. 1969 p. 55. Cependant, contra, Bourel, Rev. sénég. 1968 p. 94. Mais, Mr. Bourel modifié ensuite sa doctrine, v. Clunet 1972. 333. Quoiqu'il en soit, la matière est désormais régie par l'art. 843 al. 2 du Nouv. c. sénég. de la famille du 12 juin 1972.

(52) Une telle solution, mais inversée, a été adoptée par la Ch. civ. 15 juin 1982, précité.

(53) Précité, voir supra n° 11 et ss.

(54) V. L. Idot, *Éléments...*, op.cit., n° 21, p. 15.

référant, explicitement, à la règle locus formulée à l'article 29 de la loi sur le mariage comme fondement du rattachement. Mais, il ne s'agit là que d'une tolérance et non pas d'un titre d'application. La loi ghanéenne a été reconnue compétente parce qu'elle donne la même solution au litige que le droit ivoirien, à savoir la validité du mariage civil. Autrement dit, le juge applique matériellement la loi ivoirienne, faute de pouvoir l'appliquer formellement comme dans les cas précédents. On ne saurait affirmer que la compétence de la loi ghanéenne aurait été maintenue si le mariage avait été contracté coutumièrement comme l'autorise l'article 29.

*b) La lex loci celebrationis*

27 - S'agissant du mariage des étrangers en Côte d'Ivoire, la position de la jurisprudence qui favorise la loi ivoirienne se justifie d'autant plus que cette dernière est la *lex loci celebrationis*.

Nous savons, en effet, que le caractère facultatif de la règle locus n'a pas triomphé en droit positif français lorsqu'il s'agissait du mariage des étrangers en France. Après avoir laissé passé les hésitations du début du siècle (55), la jurisprudence s'est engagée, résolument, dans la voie du caractère impératif des formes françaises du mariage (56). Suivant la nouvelle formulation de la règle locus, la forme civile s'impose au mariage d'étrangers au détriment des prescriptions de leur loi nationale qui prévoit une forme religieuse, coutumière ou purement consensuelle (57).

28 - À vrai dire, le caractère impératif dénature la règle locus en ce qu'il est contraire à son sens et à sa raison d'être. Il crée une nouvelle règle de conflit propre au mariage des étrangers sur le sol du for. Cette dualité de rattachement de la même institution a été sévèrement critiquée par les auteurs (58). La Cour de cassation française s'est montrée sensible à ces critiques en unifiant le système de rattachement des formes du mariage. Mais, loin d'abandonner le caractère impératif litigieux, elle l'étend aux mariages célébrés à l'étranger (59).

La portée de cette solution est grande. D'un côté, elle donne le coup de grâce à la règle locus en matière de mariage et, de l'autre, elle permet l'émergence d'une nouvelle règle de conflit. Cette règle peut être formulée par l'adage : *lex loci celebrationis* (60). Cette évolution a été rendue inéluctable par la transformation de notre concept de mariage d'un acte juridique entre particuliers en une institution légale qui intéresse la société au plus haut degré. Dès lors, l'application, à la forme du mariage, d'une règle de conflit propre aux actes juridiques est devenue irrationnelle (61).

29 - Quoiqu'il en soit du sens que prendra le débat en droit français, la jurisprudence ivoirienne s'est engagée, irrévocablement, dans le sens du caractère impératif de la règle locus.

(55) V. Tr. Seine 28 avr. 1906 (Mostickzer), précité ; nov. 1907, précité ; voir aussi, Mestre, *Le mariage en France...* op. cit., n° 10 et ss.

(56) V. l'arrêt Caraslanis précité.

(57) V. Paris 1er mars 1922, S.1924. II. 65, note Audinet, R. 1922-1923. 10 ; 10 nov. 1964, G.P. 1964. I. 45.

(58) V. les auteurs cités note (49) ; add. Légier et Mestre, note précitée.

(59) V. C. civ. 15 juin 1982, R. 1982. 300, note Bischoff (précité).

(60) V. Bischoff, *ibid.*

(61) V. *supra* n° 2 et ss.

30 - Ainsi, pour la Cour d'appel d'Abidjan, le mariage de deux voltaïques suivant leur coutume nationale n'est pas valable : "en effet (ce mariage) aurait dû être soumis quant à ses conditions de forme à la règle *locus regit actum*" qui conduit à l'application de la seule loi ivoirienne, laquelle impose la célébration civile : "considérant que l'absence de cette formalité (l'une des formalités essentielles du mariage célébré en Côte d'Ivoire) a pour effet de rendre ce mariage non valable" (62). Il est évident que la règle *locus regit actum*, pour la Cour, un caractère impératif puisqu'elle implique le rejet de la loi nationale des époux.

Mais, consciente de la fragilité du caractère impératif de la règle *locus regit actum* comme fondement de l'application de la loi ivoirienne, la Cour d'appel s'est engagée, deux mois plus tard, dans la voie de l'autre fondement, plus solide, celui de l'ordre public (63).

## II - MISE EN ÉCHEC DU RAISONNEMENT CONFLICTUEL

31 - Le mariage coutumier est la "bête noire" de la politique législative familiale de 1964 en Côte d'Ivoire. Aussi bien le législateur que la jurisprudence se sont mobilisés pour lutter contre ce fléau qui contrarie le projet d'une société civile, laïque et moderne.

En effet, le législateur a doté l'ordre juridique de deux textes particulièrement efficaces dans la chasse aux mariages coutumiers. L'article 18 de la loi sur le mariage dispose que "le mariage est obligatoirement célébré par un officier de l'état civil" et l'article 19 renforce l'autorité de ce texte en affirmant que "seul le mariage célébré par un officier de l'état civil a des effets légaux".

La jurisprudence s'est montrée ferme dans l'application de ces textes. Elle y a vu des règles de l'ordre public qui constitue l'ultime recours contre la réapparition, au sein de l'ordre juridique, des mariages coutumiers, fussent-ils étrangers (64). Lorsque le mariage coutumier est contracté à l'étranger, le juge lui oppose l'exception d'ordre public international dont l'effet consiste à évincer la loi étrangère et à lui substituer la loi ivoirienne (A). Lorsque le mariage est contracté en Côte d'Ivoire, l'ordre public interne s'en charge pour lui imposer la forme civile seule reconnue par la loi ivoirienne (B). Il s'agit là d'une répartition des rôles entre l'ordre public international, pièce maîtresse de la méthode bilatérale, et l'ordre public territorial, fondement de la méthode unilatérale (65).

(62) V. C.A.A. 24 oct. 1969, RID. 1970 (4) p. 28, Clunet 1972. 344, obs. Bourel. Il faut préciser que le caractère obligatoire de la règle *locus regit actum* a été aussi consacré par la jurisprudence sénégalaise. Voir, notamment, C. sup. s. du 29 nov. 1969, précité ; C.A. Dakar, 5 mars 1971, R. 1971. 722, note Gulphe ; comp. Tr. 1ère inst. Dakar 17 avr. 1971 (Rev. sénég. 1972, p. 84, note Gulphe, Penant 1972 p. 85, note Decheix) qui n'a pas reconnu le mariage célébré d'après la coutume dogon parce que celle-ci ne figurait pas sur la liste des coutumes officielles. Du reste, cette jurisprudence a été sérieusement critiquée par les auteurs (V. Bourel, Le nouveau droit international privé..., op. cit., p. 6 et ss. (notamment n° 88), ce qui a amené la Cour suprême à réduire sa portée en cas de mariage mixte, v. C. supr. s. 25 nov. 1974, Rev. sénég. déc. 1974 p. 47 et ss. et la note approbative de P. Bilbao.

(63) Comp. Mestre, op. cit., n° 13 et ss. ; Légier, op. cit., n° 235, p. 269 et arrêts précités ; Légier et Mestre, note précitée n° 13.

(64) Melle Idot a pu relever que les lois de 1964 ont du mal à pénétrer les mœurs ivoiriennes. "Les mariages coutumiers continuent à proliférer... Il en résulte logiquement qu'en ces matières le juge ivoirien est amené à recourir systématiquement à l'ordre public pour sauvegarder une politique législative contestée" (Éléments..., op.cit., n° 17) ; dans le même sens, J. Oble, La résistance..., op. cit. Rapprocher, en droit français, Batiffol et Lagarde, Tr. T.I, op. cit., n° 359 et Lerebourg-Pigeonnière qui a exprimé la crainte que l'application des règles étrangères ne renforce l'opposition contre le mariage civil (v. précis, op. cit., n° 270). Add. les tendances législatives en Afrique signalées dans la note 31.

(65) V., sur les éléments de cette polémique en droit positif français, A. Toubiana, Le domaine de la loi du contrat en droit international privé, Dalloz 1972, préface H. Bauffol, n° 241 et ss. (notamment 248

## A - Eviction de la loi étrangère

32 - L'ordre public international est conçu comme une soupape de sûreté contre les abus de la méthode conflictuelle. Il est le corollaire de la règle de conflit. Il permet au for de se défendre contre les aléas de la méthode savignienne engendrés par l'absence de communauté juridique qui en est le présupposé rationnel (66). Pour cela, l'ordre public international ne peut être invoqué qu'au terme du raisonnement conflictuel. En hypothèse, la règle de conflit a fonctionné et la loi étrangère a été désignée. Mais, au moment où le juge s'apprête à l'appliquer et prend connaissance de sa teneur, il réalise les torts que son application causerait à l'intégrité de l'ordre juridique interne. L'exception de l'ordre public lui permet d'évincer la règle étrangère et de lui substituer la règle du for (67). Ainsi, le mécanisme conflictuel tout entier échoue (68) et le juge ramène le litige à la case départ, celle qu'occupe la *lex fori*.

33 - Le statut personnel, et tout particulièrement le mariage, constitue le domaine de prédilection de l'ordre public. La jurisprudence française l'a souvent invoqué pour sauvegarder la politique législative "dans le domaine familial". L'expression est suffisamment vague pour permettre à la jurisprudence de recourir d'une manière abusive à l'exception d'ordre public. Cette jurisprudence s'explique par le souci des tribunaux d'appliquer la loi française et de sauvegarder ses objectifs au mépris de la méthode conflictuelle (69).

34 - En matière de mariage, le rôle de l'ordre public est de défendre les fondements politiques et sociaux de notre conception de l'organisation familiale. L'un de ces fondements, souvent invoqué, est le principe de la sécularisation du mariage (70) auquel certains auteurs préfèrent "l'ordre public de la liberté de conscience, fruit du double attachement de la société française à la liberté matrimoniale et à la liberté de pensée" (71).

---

et ss.) ; F. Deby-Gérard, *Le rôle de la règle de conflit dans le règlement des rapports internationaux*, Dalloz 1973, préface B. Goldman, n° 15 et ss. (notamment n° 19 et ss). Add. Chapelle, *Les fonctions de l'ordre public en droit international privé*, Th. Paris II 1979.

(66) D'après Bartin, on le sait, "la notion d'ordre public international est contraire au principe de la communauté de droit", *Principes de droit international privé selon la loi et la jurisprudence françaises*, n° 102, p. 267 ; dans le même sens, Niboyet, *Traité de droit international privé français*, T. III, 1944, n° 1022, p. 495 et ss.

(67) V. Maury, *L'éviction de la loi normalement compétente, l'ordre public et la fraude à la loi*, 1952 ; P. Lagarde, *Recherches sur l'Ordre public en droit international privé*, Paris 1959. L'idée semble avoir été préconisée par Savigny et Niboyet, op. cit., n° 1022, p. 496 note 3. Add. Batiffol et Lagarde, op. cit., T.I, n° 364.

(68) À moins que l'on ne considère l'ordre public comme une catégorie autonome de rattachement. Cf. Lousouarn et Bourel, op. cit., n° 250, p. 394 et ss. Pillet le rattache aux lois territoriales qui poursuivent un but de garantie sociale, v. Pillet, op. cit., n° 37 bis, p. 117 ; voir aussi, A. Toubiana, (op. cit., n° 248 et ss.) qui parle de circonstance de rattachement.

(69) Cf. Batiffol et Lagarde, op. cit., T.I, n° 359 et 360.

(70) V. la jurisprudence Avramovitch, Tr. Seine 7 janv. 1922 et Paris 17 nov. 1922, S. 1924. II. 65, note Audinet, R. 1922-1923. 437, D.P. 1923. II. 59. Mais, on a pu observer que "ni la laïcité ni la religiosité ne sont des conceptions à imposer systématiquement et obligatoirement aux étrangers", Elgeddawy, op. cit., n° 297, p. 228.

(71) J. Mestre, *Le mariage...*, op. cit., n° 42. Cette définition n'est pas plus convaincante que la précédente. L'ordre public, ici, est une arme à double tranchant, en ce sens qu'il permet de soutenir des solutions contradictoires. La liberté de pensée et de culte devrait permettre aux étrangers de se marier suivant la forme de leur choix : la forme civile préconisée par la loi locale ou la forme religieuse de leur loi personnelle. Leur sort ne doit pas être différent de celui des Français à l'étranger. À la vérité, la règle facultative de l'art. 170 C. civ. (art. 29 et 30 de la loi ivoirienne) nous empêche de considérer que la forme civile est protégée par l'ordre public international. Seules des considérations de police et

Au nom de l'ordre public, on ne devrait pas tolérer que les convictions religieuses d'un individu puissent l'empêcher de se marier valablement en la forme civile, seule reconnue par notre droit (72).

De même, la jurisprudence annule, au nom de l'ordre public, les mariages religieux ou coutumiers (privés) contractés en France par des étrangers conformément à leur loi nationale (73).

35 - On remarquera, à l'analyse de la jurisprudence, que l'ordre public international, en vertu de son effet atténué, ne réagit fermement qu'à l'encontre des mariages célébrés en France. La jurisprudence n'hésite pas à considérer efficaces les mariages religieux ou privés contractés à l'étranger : l'ordre public empêche la création de situations juridiques nouvelles sur son sol mais n'empêche pas l'efficacité de celles créées régulièrement à l'étranger (74).

36 - Ce sont ces données qui devaient dominer en droit international privé lors de l'indépendance. Mais la jurisprudence ivoirienne ne semble pas les utiliser avec discernement. Son raisonnement est faussé par de mauvaises qualifications adoptées au départ du raisonnement conflictuel.

37 - Dans l'arrêt *Abergel* (75), les dispositions de la loi israélienne qui consacrent le caractère religieux du mariage et du divorce ont été évincées et remplacées par les dispositions de la loi ivoirienne au nom de l'ordre public. Mais on peut observer que, d'une part, l'ordre public concernant le mariage n'a qu'un effet atténué. La validité du mariage hébraïque célébré en Israël ne peut être mise en cause. En revanche, certains de ses effets peuvent être écartés au nom de l'ordre public. D'autre part, le recours à l'ordre public à l'encontre du divorce religieux était, suivant l'observation pertinente de Melle Idot, inutile (76). La Cour n'a pas utilisé la bonne règle. Une qualification exacte du litige le faisait entrer dans la catégorie "conflits de juridictions" qui relève de la *lex fori* plutôt que dans la catégorie "conditions de fond du divorce" soumise à la loi de la nationalité commune des époux. Bref, la Cour a tenté maladroitement de récupérer par le recours à l'ordre public ce qu'elle a laissé malencontreusement à la loi étrangère, par la qualification : une erreur en a entraîné une autre.

38 - On se rappellera aussi que c'est une mauvaise qualification qui a amené la Cour à dessaisir la loi sénégalaise dans l'affaire *N'Daye* et que cela s'expliquait par l'impuissance du concept d'ordre public international à assurer la suprématie de la loi ivoirienne.

---

de sûreté peuvent imposer la forme locale du mariage aux étrangers. Mr. Mestre semble en convenir. Rappr. Légier et Mestre, note précitée n° 113.

(72) V. Paris 17 nov. 1922, précité ; Tr. civ. Seine 6 déc. 1949 (Berger), D. 1950. 103, JCP. 1950. II. 5299, note J.-M. ; TGI Seine 28 avr. 1967 (solution implicite), Clunet 1968. 353, note Kahn, R. 1970. 435, note Alexandre.

(73) V., notamment, Paris 1er mars 1922 précité ; 10 nov. 1964 précité ; Tr. gr. inst. Pontoise 23 avr. 1969 (sol. impl.), Clunet 1969. 928, note Dayant.

(74) V. Loussouarn et Bourel, op. cit., n° 259 et ss., p. 414 et ss. ; Mayer, op. cit., n° 215 et ss., p. 180 et s. ; Batiffol et Lagarde, op. cit., T.I, n° 367.

(75) Précité, voir supra n° 11 et ss.

(76) V. L. Idot, *Éléments...*, op. cit., n° 17. Rappr. Batiffol et Lagarde, op. cit., T. II, n° 448, p. 81 ; Loussouarn et Bourel, op. cit., n° 331, p. 530.

39 - La corrélation entre la qualification et l'ordre public est évidente en droit international privé. Mais les arrêts analysés démontrent à quel point l'usage qu'on peut faire de ces mécanismes peut être maladroit et tendancieux.

40 - Située dans ce contexte, la référence faite à l'ordre public dans l'arrêt Jacob Pare (77) est aussi pertinente que salutaire. La Cour d'appel entend mettre de l'ordre dans sa jurisprudence.

## B - Éviction de la règle de conflit bilatérale

L'évolution atteint son apogée avec l'arrêt du 19 décembre 1969. Après le moment d'hésitation manifesté deux mois plus tôt par l'arrêt du 24 octobre 1969, les choses semblent, désormais, claires pour la Cour d'appel d'Abidjan (78).

41 - Deux voltaïques avaient contracté mariage à Abidjan, le 1er avril 1965, selon la coutume Somogo de Haute-Volta. Saisi de la validité de ce mariage, le premier juge le considère "dépourvu de toute valeur juridique au regard de la loi" parce qu'il a été célébré coutumièrement après l'entrée en vigueur de la loi du 7 octobre 1964 et sans qu'aucune déclaration à l'officier d'état civil ne soit faite. L'époux conteste l'application de la loi ivoirienne à son mariage et soutient, devant la Cour d'appel, "que les époux étant de nationalité voltaïque, le mariage célébré suivant leur coutume est valable".

La Cour d'appel, se fondant sur les articles 18 et 45 de la loi sur le mariage et sur l'article 48 de la loi sur l'état civil, rejette cet argument par un motif aussi clair que catégorique "considérant que si le mariage en Côte d'Ivoire est accessible aux étrangers, c'est à la condition qu'ils se conforment aux lois qui leur prescrivent la célébration par un officier d'état civil ou leur agent diplomatique ; qu'il ne s'agit pas là d'une règle facultative formulée par l'adage "locus regit actum" mais d'une prescription d'ordre public qui s'impose aux étrangers quelle que soit leur nationalité".

42 - Si la solution de l'arrêt, qui consiste à appliquer la loi ivoirienne aux formes du mariage des étrangers en Côte d'Ivoire au détriment de leur loi nationale est déjà acquise, son intérêt ne s'en manifeste pas moins par le raisonnement élaboré pour y parvenir. En effet, l'arrêt abandonne le raisonnement bilatéral dans la solution du conflit et adopte un raisonnement unilatéral. C'est un système cohérent qui repose sur une qualification (a) et un rattachement (b).

### a) La qualification

43 - Nous savons que les méthodes bilatérale et unilatérale s'affrontent sur le terrain de la qualification (79).

(77) C.A.A. 19 déc. 1969, RID. 1970 (4) p. 25.

(78) Toutefois, Mr. Bourel n'a décelé aucune originalité dans cet arrêt : "la solution, comme sa justification, est en tout point conforme à la règle posée par la jurisprudence française. La règle locus regit actum revêt un caractère impératif qui est justifié soit par la théorie de l'ordre public, soit plutôt par l'idée d'une application immédiate des dispositions de l'art. 165 C. civ.", Clunet 1972. 343. L'auteur, qui a approuvé la solution en droit ivoirien, l'a critiquée ultérieurement en droit sénégalais v. Le droit international privé sénégalais..., op. cit., n° 6 et ss.

(79) V. B. Ancel, Les conflits de qualification à l'épreuve de la donation entre époux, Dalloz 1977, p. 135 et ss. L'objet de la qualification, Clunet 1980. 227 ; comp. Wengler, Réflexions sur la technique des qualifications en droit international privé, R. 1954. 661 et s.

Le raisonnement bilatéral étant tout entier axé sur le rapport juridique conflictuel, c'est ce rapport ou la question de droit qu'il pose qui constitue l'objet de la qualification (80).

En revanche, le point de départ du raisonnement unilatéral est la règle de droit. Il s'agit de déterminer le champ d'application des lois du for dans l'espace et de savoir si telle règle comprend ou non dans ses prévisions le rapport litigieux. Dès lors, c'est cette règle qu'il faut qualifier afin de l'interroger sur les intentions de son auteur (81).

44 - Vue sous cet angle, la démarche de la Cour d'appel d'Abidjan est unilatérale. Elle consiste à se prononcer sur la nature des textes à appliquer. Ces textes sont qualifiés de règles d'ordre public afin d'en étendre le domaine aux rapports entre étrangers. À vrai dire, la simple lecture des textes cités par l'arrêt confirme cette qualification. L'emploi de l'adverbe "obligatoirement" à l'article 18 et du pronom indéfini "nul" à l'article 45 manifeste le caractère hautement impératif des règles édictées. La faculté accordée aux étrangers à l'article 48 de la loi sur l'état civil ne diminue en rien la valeur desdits textes. Ce texte, qui puise son fondement dans une règle de droit international public, peut déroger à une règle de droit interne, même d'ordre public. Le problème qui reste à résoudre est celui de la détermination du champ spatial de chacune de ces règles, ce qui justifie le raisonnement unilatéral dans ce domaine.

Par ailleurs, l'arrêt barre la route aux critiques des bilatéralistes en suggérant une qualification du rapport juridique litigieux. Il est sous-entendu, pour l'arrêt, que le mariage n'est plus un acte juridique mais une institution ou un service public "accessible aux étrangers". Cette qualification correspond, du reste, à l'analyse généralement adoptée de cette institution en droit comparé (82) depuis que le législateur réglemente, dans les détails, le rôle des différents organes publics dans la célébration du mariage.

#### *b) Le rattachement*

45 - Une double démarche, négative et positive, a été suivie par la Cour dans le rattachement de la forme du mariage à la loi ivoirienne.

Dans un premier temps, l'arrêt écarte le rattachement bilatéral par une formule on ne peut plus heureuse "il ne s'agit pas là d'une règle facultative formulée par l'adage *locus regit actum*". Ce motif a le mérite, d'une part, de restituer à la règle locus son caractère facultatif originel qu'elle a perdu pour s'adapter au mariage : ce caractère même que la Cour avait contesté deux mois plus tôt ; et, d'autre part, d'écarter l'application en matière de forme du mariage. Dans la logique du système de l'arrêt, cette règle, propre aux actes juridiques, n'a plus de raison d'être pour régir l'institution maritale.

Dans un second temps, la Cour consacre avec éclat, pour la première fois à notre connaissance, la théorie des lois de police ou d'application immédiate (83).

(80) Cf. Vivier, *Le caractère bilatéral des règles de conflit*, R. 1953. 655 et ss. ; add. Mayer, *op. cit.*, n° 150 et ss.

(81) V. Gothot, *Le renouveau de la tendance unilatéraliste*, *op. cit.*, R. 1971. 1, 209, 415. Add. Niboyet, *Tr. T.III*, *op. cit.*, n° 931 et ss.

(82) V. références citées supra, note (3) et suivantes.

(83) V., sur cette théorie, Franceskakis, *Quelques précisions...*, *op. cit.*, R. 1966.1 et ss. Add. Chapelle, *th. op. cit.*

46 - L'analyse de cette décision suscite deux séries d'observations relatives, d'une part, à la justification de la solution et, d'autre part, à sa portée.

### 1°) Justification de la solution

47 - Il ne fait aucun doute que, d'après la Cour d'appel, les règles relatives à la forme et aux modes de célébration du mariage sont des règles matérielles, territoriales et de police. Elles relèvent, à ce titre, de la catégorie prévue à l'alinéa 1er de l'article 3 du code civil dont l'application est immédiate dans ce sens qu'elle se passe de l'intermédiaire des règles de conflit bilatérales (84).

Toutefois, le recours à l'ordre public comme fondement formel de la solution n'est pas exclusif. La solution se justifie, davantage, par la considération que le mariage est à la base de l'organisation familiale et sociale de l'État et que différents organismes publics concourent à sa célébration. Lorsqu'il s'agit de savoir si l'officier d'état civil ivoirien est compétent pour célébrer le mariage des époux voltaïques, il faut consulter la loi administrative (territoriale) qui l'institue. Or, une loi publique détermine unilatéralement son domaine d'application dans l'espace. Elle n'entre pas en conflit avec une loi étrangère (85). À ce stade, on ne peut parler que de conflit d'autorité (86). C'est la loi de l'autorité publique qui détermine son fonctionnement (87). La loi ivoirienne a investi l'officier d'état civil d'une compétence exclusive en matière de célébration du mariage (88). C'est une compétence territoriale. Aucun autre officier public, ivoirien ou étranger, investi d'un pouvoir civil, religieux ou coutumier ne peut exercer les fonctions de l'officier d'état civil compétent (sous réserve des dispositions de l'article 98 de la loi sur l'état civil qui confèrent les mêmes pouvoirs aux agents diplomatiques). L'acte de mariage dressé par un tel officier n'est pas valable parce qu'il émane d'un officier incompétent.

C'est l'ensemble de ces différents fondements, formels et matériels, qui justifie l'application immédiate des règles relatives à l'organisation socio-économique de l'État dont le noyau est le mariage. Un mariage célébré en Côte d'Ivoire n'est valable que si les règles ivoiriennes ont été respectées. Peu importe que d'autres règles, étrangères, l'aient été également.

### 2°) Portée de la solution

48 - Il résulte de l'arrêt Jacob Pare que seule la loi ivoirienne est compétente pour présider à la célébration du mariage en Côte d'Ivoire. Peu importe la nationalité des futurs époux. La solution implique, à coup sûr, la mise à l'écart de leur loi nationale. La référence à la possibilité offerte par l'article 98 aux parties ayant la même nationalité de célébrer leur mariage devant leur agent diplomatique n'altère pas le principe édicté aux articles 18 et 19.

(84) L'idée a été défendue par le Professeur Bischoff (v. Enc. Dalloz, op. cit., n° 120), sans grande conviction semble-t-il. Comp. les hésitations de l'auteur, note R. 1983 précitée. Rapp. Rigaux, Droit international privé, n° 282, p. 359 ; Holleaux, Foyer et de La Pradelle, n° 1129 cités in Loussouarn et Bourel, op. cit., p. 459, note 31.

(85) V. Batiffol et Lagarde, Tr. T.I., op. cit., n° 245 et ss.

(86) V. Niboyet, Tr. T.I., op. cit., n° 6.

(87) Cette règle s'exprime par l'adage *auctor regit actum*, forgé par Niboyet (v. Tr., T. VI, n° 1571). Comp. Mayer, qui place le débat, d'emblée, sur le terrain de la compétence internationale des autorités, op. cit., n° 455 et 549.

(88) Les art. 24 et suivants de la loi sur le mariage impliquent, également, le procureur de la République ou le juge de section dans le processus de célébration du mariage, mais seul l'officier d'état civil célèbre le mariage.

La portée de l'arrêt va encore plus loin lorsqu'il écarte aussi la règle "facultative formulée par l'adage *locus regit actum*". Une chose nous semble certaine : la règle *locus* ne revêt plus de caractère facultatif en matière de forme du mariage célébré en Côte d'Ivoire. Mais, la question est de savoir si cette règle (même impérative) conserve encore un titre d'application en droit ivoirien. Le raisonnement unilatéral et le rattachement territorial des formes du mariage inclinent à une réponse négative. Ce n'est pas seulement le caractère facultatif de la règle *locus* qui est exclu mais aussi le principe de son application en la matière.

49 - En fait, et c'est là la portée réelle de cet arrêt, la forme du mariage célébré en Côte d'Ivoire n'est pas une matière contractuelle. C'est une matière régie par des règles matérielles dont le ressort est territorial. Il n'y a pas lieu de prendre en considération dans leur application la loi personnelle des futurs époux. Aux considérations de police territoriale interne, on peut ajouter des considérations de police et de paix internationales entre les États. Lorsqu'il s'agit de choisir entre la loi de l'officier public investi par un État du pouvoir d'organiser l'état civil dans son ressort territorial et la loi personnelle des usagers de ce service, sans nul doute l'on doit préférer la première qui exprime directement la souveraineté dudit Etat.

50 - Mais la question qui restera posée est celle de savoir si la solution Jacob Pare va avoir une incidence sur les mariages célébrés à l'étranger. Ces mariages vont-ils être soumis, pour les mêmes motifs, aux règles matérielles d'application territoriale de la *lex loci celebrationis* ? Une telle solution s'inscrit dans la logique du système Jacob Pare. Le caractère matériel de la répartition des compétences faite aux articles 29 et 30 entre la *lex loci celebrationis* et la loi ivoirienne complète celle prévue aux articles 18 et 19. Elle en est le reflet et le complément sur le plan international.

Néanmoins, il nous semble téméraire de s'aventurer à travers les incertitudes d'application des lois de police étrangères (89). Dans l'état actuel de la jurisprudence, seule la voie tracée par la Cour de cassation dans l'arrêt Moatty du 15 juin 1982 (90) peut être suivie en toute sécurité. Elle préconise l'application de la *lex loci celebrationis* à titre de règle de conflit impérative. Quitte à faire intervenir le correctif du renvoi afin de coordonner les différents systèmes et d'harmoniser leurs solutions.

51 - Un tel progrès n'est réalisable qu'au prix de sacrifices. Les juges ivoiriens doivent abandonner leur attitude de méfiance à l'égard de la méthode conflictuelle et des lois étrangères et admettre que l'ordre public n'est pas une méthode générale de solution des conflits de lois, pas plus que le nationalisme n'est un but à atteindre par la réalisation du droit international privé.

La paix et la sécurité des particuliers seront gravement compromises et le commerce juridique régressera si chaque système s'enferme dans ses propres réflexes d'autodéfense.

(89) Cf. P. Mayer, *Les lois de police étrangères*, Clunet 1981. 227 et s. ; Schultz, *Les lois de police étrangères*, Trav. com. fr. DIP 1982-1983 p. 39.

(90) Précité.



# LA REMISE EN CAUSE DU CONCEPT DE DROIT COMMUN AU QUOTIDIEN PAR LE PROCESSUS DE RÈGLEMENT DES CONFLITS À NIAMEY (NIGER)

Par

Pascale ALLOKE

*Chargée de Cours à la Faculté de Droit de Niamey*

## INTRODUCTION UN DROIT POLYMORPHE DYNAMIQUE

Avant de nous pencher sur l'examen des caractères du processus de règlement des conflits dans une société de droits mixtes, il convient de poser notre cadre d'analyse par rapport à notre conception du "droit".

Abandonnant une définition réductrice dans laquelle le droit est associé à la seule existence d'un corps de lois étatiques et d'un appareil judiciaire ayant le monopole de la sanction, nous avons choisi d'ouvrir notre perspective de travail en considérant le droit comme un produit social destiné à organiser l'ensemble des relations humaines en fonction des options particulières valorisées par la société concernée pour garantir sa reproduction.

À partir de là, le droit devient un mode de vie, de penser et d'être, qu'il sera possible d'observer au travers des divers comportements sociaux, et le conflit devient un catalyseur révélateur de la dynamique sociale endogène.

Dans cette perspective, et partant du principe que toute société évolue, en tant que produit social, le droit apparaît comme le reflet des différents courants socio-historiques qui traversent la société toute entière, permettant ainsi de faire évoluer l'ensemble du paysage juridique, qui, à son tour agira par interdépendance sur les autres domaines.

Nous sommes alors en face d'un processus permanent comprenant plusieurs articulations dont on ne peut réellement préjuger que l'une l'emporte sur les autres, au moins en termes de causalité et de conséquence.

C'est pourquoi, puisqu'il ne s'agit en aucune manière de découvrir une éventuelle société de transition entre deux types de modèles sociétaux, gêné par le préfixe privatif du terme acculturation faisant plutôt référence à un phénomène de disparition culturelle qu'à un enrichissement toujours plus grand de toute société par emprunts exogènes, nous préférons utiliser le terme de synculturation.

Dans ce cadre, contestant le principe de la disparition partielle ou totale des valeurs d'une société sous l'action d'une acculturation pour lui préférer celui d'une synculturation garantissant l'existence de l'ensemble de ces valeurs dans l'essence

d'un type nouveau d'organisation globale, nous abandonnons le concept de vide culturel et d'anomie lui correspondant.

En effet, le concept d'anomie fait référence à un état d'anarchie sociale qui, à notre avis, ne peut correspondre à aucune réalité socio-historique, car l'originalité des sociétés humaines réside dans leurs capacités inépuisables d'adaptation, à l'origine de nouvelles normes et valeurs, ponctuelles ou durables, elles-mêmes sources du ou des nouveaux registres officiels utilisés par la société.

De son côté, le "vide culturel" étant caractérisé par l'inadaptation apparente entre les fins privilégiées par un modèle sociétal et les moyens mis à la disposition des individus par un autre engendrant la création par les individus de valeurs leur permettant d'atteindre les fins initiales sans qu'aucun type officiel de régulation n'intervienne pour contrôler l'adéquation des innovations aux modèles de conduite reconnus par la société concernée, nous ne parlerons donc plus de vide, mais de noeud.

Et ceci pour trois raisons : outre le fait qu'il constitue le point essentiel d'une question et la difficulté d'un problème, le noeud peut symboliser un entrecroisement qui réunit étroitement plusieurs fils entre eux, cette image correspondant parfaitement à la coexistence de plusieurs types de référents culturels, auxquels les membres d'une société dite acculturée, font appel par de savantes combinaisons que schématisent d'incroyables croisements et enchevêtrements pour réguler les rapports sociaux.

Enfin, le noeud peut représenter un endroit où se croisent plusieurs voies de communication, ce qui nous rapproche de l'idée du rôle déterminant de ces divers registres culturels à la disposition des individus quant à l'établissement et la gestion des relations sociales.

Ainsi, cherchant à capter ce qui fait la spécificité du "droit africain", nous nous sommes efforcés, non à travers l'étude de la fameuse coutume, à qui a longtemps été attribuée le miracle de la faculté d'adaptation du droit précité, mais à travers l'observation des modèles de comportements dans ses situations de droit dynamique, grâce à la mise en évidence de principes de vie en communauté, "communs" à tous les groupes sociaux, par l'intermédiaire du recours quotidien aux divers types de normes et règles qui correspondent à la situation de "pluralisme juridique" qualifiée à travers l'expression de "droits africains".

C'est au Niger que nous avons choisi de situer notre recherche, pays situé dans la zone de l'ancienne A.O.F. qui ressort actuellement de la bande du Sahel, et qui constitue pour nous un lien privilégié d'observation de la dynamique endogène des sociétés de droits mixtes.

## I - DROIT ET DYNAMIQUE SOCIALE

Ayant choisi la dynamique sociale comme cadre d'analyse, avant d'en considérer les impacts pratiques au niveau du processus de règlement des conflits, nous devons chercher à en comprendre le mécanisme de fonctionnement afin de mieux cerner la place et le rôle du conflit dans ce processus. Alors le conflit nous apparaîtra dans sa dimension globale de mini-processus dynamique, à ce titre révélateur des mécanismes d'évolution sociale parmi lesquels les "contradictions" jouent un rôle central.

## A - L'HOMME AU CENTRE DE LA DYNAMIQUE

Comme nous l'avons évoqué en introduction à cette étude, c'est l'homme qui fait la dynamique, par la richesse de sa capacité d'interprétation de son intégration dans le monde et la vie. De cette conception d'intégration, émerge alors une inscription dynamique dans le réel au travers de la structure sociale, c'est-à-dire au niveau collectif de la mise en oeuvre individuelle des éléments de référence des modèles théoriques, à savoir les statuts sociaux.

Aussi, comme nous allons le voir, les modes concrets de manifestation des statuts étudiés apparaissent enfin au travers des rôles attachés à chacun de ces derniers.

### a - Modèles et statuts sociaux

Commençons par la définition du modèle, et retenons qu'il s'agit d'une "structure formalisée utilisée pour rendre compte d'un ensemble de phénomènes qui possèdent entre-eux certaines relations".

Empruntant à Michel Alliot, la théorie selon laquelle chaque société construit son propre modèle théorique de référence, qu'elle tente ensuite de reproduire au niveau de son vécu, ce modèle devant être directement relié à la conception sociale de l'inscription de l'homme dans le monde, nous dégagerons pour notre objet d'étude deux principaux modèles sociétaux, à savoir celui choisi par les sociétés occidentales, et celui retenu par les sociétés africaines.

Issu du modèle établi par les religions chrétiennes ou islamiques, par reproduction de l'idée d'un père spirituel qui dicte ses lois d'en haut, le modèle occidental révèle un État substitut de père tout puissant (le fameux État-providence).

Aussi, la loi va-t-elle apparaître comme un ersatz de la volonté divine, à laquelle les individus vont se plier dans un souci de bonne justice, et, dans ce cadre général, l'homme sera déresponsabilisé, et ceci d'autant plus que la société se référera au mythe rousseauiste de la représentation par l'État de l'ensemble des individus, supposés égaux entre eux et uniformément soumis au pouvoir étatique.

Et l'affirmation de la primauté de l'individu va engendrer le règne de l'individualisme, restreignant ainsi considérablement toute conscience collective.

À côté de cette attitude individualiste de l'homme dans le modèle sociétal occidental, l'image renvoyée par le modèle des sociétés africaines révèle un individu intégré et conscient de sa responsabilité par rapport au devenir de la communauté auquel il participe activement.

En effet, conformément à une conception originelle animiste de l'univers qui organise le monde à travers une hiérarchisation des forces vitales dont le plus élevé sera Dieu, en tant qu'être vivant le plus proche de la source divine, l'homme devra s'efforcer de protéger le fragile équilibre existant entre les énergies en présence, chaque chose et chaque être ayant à son rôle et sa fonction, pour garantir la victoire des forces de Bien et celles du Mal. Ici, une logique de fonctionnement plurale fait appel à des individus considérés comme différents les uns des autres, et par là même indispensables les uns par rapport aux autres, les mythes fondateurs renvoyant à la mémoire collective l'image d'une interdépendance permanente entre les membres de la société, l'unanimité primant sur le particularisme, le communautarisme sur l'individualisme.

Ainsi, dans chacun des deux modèles, des modes précis d'organisation et de gestion des rapports individuels vont être élaborés en fonction des enjeux considérés

comme primordiaux pour la reproduction sociale, et en fonction de la place et du rôle accordé à l'homme au sein de cette société.

C'est ici qu'apparaît alors le droit en tant que mode de vie, et à chacun des modèles sociétaux considérés, correspondent des modèles de justice : dans le premier cas, les modes de règlement des conflits correspondront à l'abandon par les membres de la société de leur capacité à régler ces conflits à une autorité extérieure à la société dont ils reconnaissent l'autorité, tandis que dans le second cas, les modes de règlement des conflits requièreront la participation de tous pour obtenir un consensus quant aux limites des sphères d'action individuelles, et pour garantir la préservation de l'équilibre social.

Ainsi, confiné dans une existence statique, cette charte mythique renvoie à la société l'image d'un monde extrait de la temporalité et de toute influence dynamique. Une interrelation dynamique existe cependant entre le modèle et la société, puisque le premier contient des codes essentiellement moraux, auxquels la seconde va se référer dans un souci de perfection dans ce visé, mais jamais atteint.

Ce renvoi permanent va engendrer une véritable pratique de la référence, qui, par une sélection continue des éléments référentiels, permettra au modèle d'intégrer à long terme les changements affectant la structure sociale. Ainsi le modèle va-t-il évoluer tout en remplissant son rôle initial et en perpétuant ses principes de fonctionnement.

Par ailleurs, nous ne devons pas perdre de vue que le modèle doit apparaître comme la représentation de lois de tendance dans la réalité multiforme des modes d'organisation sociale, celle-ci connaissant toujours en son sein la coexistence de logiques opposées, ce qui se traduit parfois au niveau du droit par la vie parallèle d'un droit officiel et de droits "quotidiens", ces derniers permettant de régler des situations échappant à la logique du droit officiel. Et cette coexistence de logiques de fonctionnement sera d'autant plus forte qu'elle résultera non plus de logiques officieuses, mais de logiques officielles par rencontre des modèles dominants dans le cadre particulier de l'Afrique contemporaine.

C'est ainsi que la "pratique des modèles" nous renvoie dans les sociétés africaines comme le Niger à l'existence de modèles pratiques d'organisation sociale dont les différents statuts représentent la manifestation extérieure.

Mais qu'est-ce que le statut ? Nous dirons qu'il s'agit du reflet d'une position sociale, impliquant une série de droits et de devoirs particuliers qui vont déterminer les relations des acteurs sociaux entre eux.

Ajoutons également qu'un même acteur social occupera plusieurs statuts simultanément et successivement, en fonction du type de rapport individuel ou collectif, qu'il entretiendra tout au long de sa vie avec l'un ou l'autre des membres de la société.

Cependant, si nous nous arrêtons à cette seule définition du statut, nous ne pouvons réellement percevoir ce qui, dans l'organisation sociale, confère au statut toute son authenticité. Nous devons donc approfondir la recherche en nous attachant sur les concepts de valeur et de normes sociales, ces dernières servant à apprécier la conformité des valeurs choisies par les acteurs au modèle social privilégié, par consensus par l'ensemble des membres de la société. Même si les normes incarnent généralement valeurs, celles-ci vont être directement soumises aux nécessités de l'action en société, action déterminée par l'adaptation nécessaire aux circonstances socio-économiques nouvelles apportées au cours de l'histoire.

À partir de là, nous voyons qu'il pourra exister un décalage entre normes sociales et valeurs référentielles choisies par un acteur, ce mécanisme se trouvant

être révélateur d'une déviance, première étape vers le changement social, essence même du processus dynamique. En effet, en dehors de cas spécifiques, la déviance pourra être considérée comme un comportement anticipateur, puisque l'acteur déviant, par ses choix, va pouvoir se trouver enrichi d'un véritable profit et d'un acquis durable qui va engendrer un processus de socialisation.

Et ce processus poussera autrui à reconnaître comme authentique et valorisable le choix effectué, déterminant peu à peu une nouvelle forme de conformité.

Compte tenu de notre contexte d'analyse et de son modèle de référence dominant, et considérant ainsi la place occupée par l'individu et le rôle qui lui est accordé dans la reproduction sociale, nous arrivons maintenant au coeur même de la dynamique en action, en reliant la transformation des statuts par celle des valeurs à la transformation de la manifestation des droits et devoirs attachés à ces statuts, à savoir le rôle.

### **b - Les rôles comme manifestation des statuts sociaux**

Ainsi le prestige attaché à un rôle dépendant principalement de l'échelle des valeurs que la société lui adjoint, et le changement intervenu dans cette échelle affectant directement ce rôle, l'attachement des acteurs pour occuper le statut correspondant va s'en trouver du même coup modifié.

Dans cette optique, la qualité de la relation existant entre les deux termes de statut et de rôle sera pour nous un révélateur du stade de transformation du statut social considéré.

En effet, le rôle étant l'émanation d'une fonction sociale remplie par l'individu, il se révèle être l'aspect dynamique du statut puisque c'est dans l'action où il s'exerce que celui-ci va se manifester. Aussi, le rôle "exécute"-t-il les droits et les devoirs attachés au statut, conformément au modèle de référence.

Dans une perspective dynamique, ce qui va apparaître pour nous comme une situation normale sera caractérisé non par une corrélation parfaite entre le statut et le rôle, mais par la multiplication des rôles tenus conformément à un seul statut, situation générée par le choix par les acteurs sociaux d'utiliser d'autres valeurs que celles-ci couramment attendues par les membres de la société, explicitant par là un comportement plus adapté à la situation rencontrée. Cette situation, génératrice de contradictions entre des rôles tenus pour un même statut par incarnation de valeurs contradictoires, va révéler la nécessité d'un choix social. Et ce choix se fera soit entre les deux rôles pouvant modifier du même coup les statuts correspondants, soit relativement à la création d'un nouveau statut correspondant alors au nouveau rôle établi par une nouvelle majorité d'actions en rôle.

Par ailleurs, cette situation se trouve accentuée par le fait que la structure sociale est un tout comprenant plusieurs statuts, tous complémentaires les uns par rapport aux autres et par là même interdépendants.

C'est donc dans ce cadre que la déviance devient changement social, et nous voyons alors que la dimension endogène du changement va résider dans l'échelle des valeurs privilégiées dans la société, qui approuvera ou disqualifiera un type de conduite, c'est-à-dire une action en rôle, rattaché à un statut déterminé, au risque de marginalisation, voire d'exclusion lorsque la conduite individuelle mettra en péril l'équilibre précaire auquel est assujéti l'ordre social "idéal" représenté par la conduite collective.

Appliquant maintenant ces diverses considérations à notre milieu d'étude, nous pouvons dégager des standards idéaux de conduite, correspondant chacun aux

divers statuts issus des modèles sociétaux de référence rencontrés. Devant la difficulté de présentation de cet objet, due tant à l'existence de nombreuses variantes entre les groupes culturels à l'intérieur de chaque registre présenté, qu'à la qualité des domaines abordés qui englobent la totalité des comportements sociaux, nous avons choisi de privilégier ici les principales valeurs retenues par les différents registres culturels présentés comme axes de modèles de conduite.

Considérant initialement le registre de base des modèles de conduite, à savoir celui du référent traditionnel, nous choisirons de ne retenir que quatre types de valeurs sociales qui nous paraissent déterminer les grandes lignes des conduites individuelles et collectives traditionnelles, à savoir prestige et honte, et respect et rivalité.

Parlant tout d'abord du prestige et de la honte, nous dirons qu'il faut rechercher leur origine relationnelle dans les structures sociales pré-coloniales hiérarchiques entre le groupe des nobles, celui des hommes libres et celui des captifs, principal butin de guerre, dont les relations étaient déterminées par leur statut social respectif, concrétisés par des modèles de comportement attachés à chacune de ces trois conditions.

Ainsi, à la condition la plus valorisante, à savoir celle de noble, dont la chefferie est la manifestation essentielle, était associé le prestige du modèle-type nobiliaire, dont l'élément extérieur se manifeste dans l'extériorisation de la richesse, tant matérielle qu'intellectuelle, par la générosité concrétisée dans la redistribution des biens matériels.

Ensuite, la honte apparaît comme une des principales manifestations intellectuelles de la condition en question, avec l'intelligence et le courage. La honte sera suscitée par la vie en communauté, provoquée par le regard d'autrui en cas de non accomplissement des devoirs attachés à la condition de noble, et elle sera ressentie comme une véritable sanction sociale.

Elle sera également caractérisée dans la réserve et le maintien, ceux-ci émanant d'une honte considérée comme l'apanage de la noblesse, le manque de honte revenant alors de manière stéréotypée au captif, à qui sa dépendance permettra une certaine liberté gestuelle et verbale.

Certes, nous venons de décrire là des valeurs sociales émanant d'un système socio-économique pré-colonial, mais ces valeurs symbolisées par la condition noble correspondent à une conception traditionnelle des modèles de comportement vis-à-vis d'autrui et, à ce titre, nous les retrouvons dans les modèles de comportement contemporains, chacun des acteurs sociaux cherchant à y gagner par leur application un statut social important.

C'est ainsi que le prestige va ici aussi essentiellement se mesurer à la richesse matérielle, les fêtes collectives étant des occasions privilégiées de démontrer sa puissance à travers le montant des dépenses engagées et celui des dons reçus ou versés.

À côté de cela, la honte va guider le souci de gagner ou de garder une réputation. De plus, elle ne va pas seulement symboliser le manquement aux bons usages, puisqu'ils va exister des situations où, dans un autre contexte, la honte sera un élément normal, exprimant un comportement respectueux conforme à un certain type de relations, comme celles entre un gendre ou une bru et sa belle famille.

Après avoir envisagé les valeurs dominant les rapports individuels, regardons maintenant deux autres types de rapports sociaux, concernant plus précisément les rapports entre les groupes, à savoir le respect et la rivalité.

Le respect correspond à la reconnaissance de l'appartenance d'autrui à la classe d'âge par l'intermédiaire de la structure parentale et des valeurs sociales qui y prennent source.

En effet, compte tenu de l'importance de la conception traditionnelle de l'enracinement vertical de l'homme dans la chaîne des générations allant jusqu'à l'ancêtre fondateur, lui-même situé près de la source d'énergie divine, toute personne plus proche que l'égo dans la chaîne ainsi décrite devra être respectée. En retour, celui qui occupera cette place par rapport à l'égo verra ainsi ses responsabilités définies par rapport à lui, notamment à travers un devoir de protection.

Et ce type de relation jouera non seulement au sein de la famille, mais à l'échelle de la société toute entière, le patriarcat étant considéré comme le père de la communauté toute entière, et ceci par le recours aux rapports fictifs de la parenté à l'égard des membres d'une même génération.

Ainsi, lorsque nous nous situons en dehors de la famille, les rapports d'aïnesse guident traditionnellement l'ensemble des relations sociales, et à l'intérieur de l'unité domestique, la combinaison de la parenté classificatoire et du rapport d'aïnesse rejettent hors de la famille tout type de relations strictement égalitaire.

Nous situant ensuite dans un contexte dégagé de toute obligation de respect, nous voyons que la rivalité et la compétition faisaient partie des modes de relations des divers groupes culturels entre eux, guerre et alliance alternant souvent au gré des circonstances et des stratégies politiques du moment. Parallèlement à l'existence de ces antagonismes institutionnels, la parenté à plaisanterie, qui symbolise une alliance entre groupes ou le rattache à un ancêtre commun et fait des acteurs des groupes concernés des cousins croisés, amenuise ou évite les conflits entre certains groupes culturels, en donnant lieu à l'abolition des règles établies par le rapport d'aïnesse et en instaurant un véritable jeu de rivalité.

Considérant ensuite les divers registres importés, retenons tout d'abord celui de l'Islam, dont les principes valorisés ont tous un lien direct avec le respect de la religion.

Il s'agira donc d'appliquer les préceptes du Coran, et notamment à travers toutes les pratiques permettant d'extérioriser cette conformité à la religion, principalement par l'accomplissement des cinq piliers de l'Islam (foi, cinq prières quotidiennes, aumône, pèlerinage, jeûne). Signalons que les obligations éthiques de la religion musulmane vont souvent se confronter avec celles de la tradition, rendant par là difficile la dissociation des deux modèles de comportement.

Dans le même ordre d'idée de registres importés, considérons enfin l'influence des valeurs occidentales, principalement à travers l'émergence de l'individualisme et l'influence de la scolarisation.

En ce qui concerne le premier point, priorité sera donnée à l'individu, ce qui aboutira à des cas de dissociation de l'entité individu-groupe, tandis que sur le second point, nous dirons que l'accentuation du phénomène de scolarisation a engendré peu à peu la naissance d'une véritable reconnaissance du statut de scolarisé, entre analphabètes et scolarisés, puis entre scolarisés et intellectuels.

Signalons enfin le rôle important du référent urbain parmi l'ensemble de valeurs utilisées au quotidien par les acteurs sociaux, puisqu'il sera possible d'identifier certains types de comportement considérés comme urbains, qui ressortiront principalement de l'habitude des institutions urbaines et de leur pratique.

Une fois envisagées les principales valeurs guidant les différents modèles de comportement, quelles sont donc maintenant les implications pratiques de leurs

manipulations individuelles et/ou collectives au niveau du processus de règlement des conflits.

## **B - CONFLIT ET ACTUALISATION DES RÔLES**

Comme nous l'avons envisagé précédemment, la pratique du statut par des actions "en rôles" va nous donner l'occasion d'observer les mécanismes concrets de fonctionnement de la dynamique sociale. Dans ce cadre, le conflit, par la situation d'affrontement d'intérêts qu'il suscite, correspond à la mise en oeuvre concrète de manoeuvres destinées à résoudre le problème en cause, se présentant comme une occasion privilégiée d'actualisation des rôles par rapport aux statuts et par la même des statuts eux-mêmes.

### **a - Des types de conduites en fonction d'enjeux particuliers**

Resituons nous donc au coeur du processus dynamique par l'animation de ces différents types de comportements par l'intermédiaire des acteurs sociaux eux-mêmes.

En effet, la vie de tous les jours amène chacun d'entre eux à défendre des intérêts aussi nombreux que divers, et à composer pour cela de véritables bouquets culturels en jouant avec les divers modèles de conduite entrevus précédemment. C'est ce que nous appellerons la question des intérêts, qui va nous permettre de percevoir le déploiement de véritables stratégies de gestion, déterminées par les enjeux poursuivis. Dans cette perspective, le quotidien représente un lieu de création où vont apparaître les différents courants qui traversent l'histoire de la société, chaque individu pouvant orienter le cours de l'événement en situation.

Et c'est au travers des tactiques et des stratégies individuelles que cette influence s'exercera. Si nous voulons préciser le fondement de la différenciation entre ces deux derniers termes, nous dirons qu'au premier va seulement être associé un résultat, tandis que le second se situera dans la perspective précise d'atteindre un but, c'est-à-dire une fin, concrétisée par un enjeu déterminé par avance.

Il y aura donc dans la stratégie une perspective à long terme, et c'est dans ce long terme que va se situer la tactique ou plus généralement les tactiques, puisqu'elles serviront dans le cours terme à réagir en fonction des circonstances du moment, en vue d'obtenir un résultat qui va s'insérer dans la perspective d'un enjeu visé.

Et ces tactiques en stratégies vont être réalisées à partir de l'élément central de la dynamique sociale, à savoir l'acteur social lui-même, qui va incarner les différentes échelles de la stratégie globale de la société toute entière, tant locale que régionale, nationale, qu'internationale.

Ainsi, l'individu va se trouver générateur de l'ensemble d'un processus qui le dépassera pour déterminer en réunion un mouvement social d'ensemble qui caractérisera sa société d'appartenance. Mais ce processus déterminera également le mouvement des divers groupes auxquels appartient l'acteur lui-même au sein de ce grand ensemble, aux échelles locale, régionale, nationale ou internationale, selon la qualification des divers statuts de référence utilisés. Car dans chacune des situations, l'acteur fera appel à l'un ou l'autre de ces statuts pour prendre une position ou faire un choix relatif à un problème particulier. Et ce choix se trouvera lui-même guidé par les différents registres culturels qui sont à la disposition de l'acteur concerné, en fonction desquels une véritable stratégie individuelle pourra être élaborée.

Deux axes principaux vont alors traverser l'organisation sociale, l'un verticalement car la hiérarchie des diverses échelles précitées, l'autre horizontalement par la juxtaposition des divers groupes sociaux auxquels appartient l'acteur.

Il y aura donc interdépendance d'une part entre les différents niveaux de l'échelle précitée, et d'autre part entre les divers groupes d'appartenance de l'individu lui-même. Aussi, le croisement entre ces deux axes se situera-t-il au coeur même de cet individu, qui, par la représentation de ses différents statuts incarne la dynamique conjointe de l'un et de l'autre de ces axes par leur interdépendance ainsi posée.

Compte tenu des développements précédents, il va maintenant nous falloir comprendre par quels mécanismes le conflit va se trouver impliqué dans le processus dynamique, étant ainsi amené à représenter lui-même un mini-processus.

## **b - Le conflit comme processus**

Comme nous l'avons envisagé brièvement lors de l'examen de la pratique des rôles attachés aux statuts, même si en tant que situation "normale", l'ordre paraît être la situation sociale préférentielle, nous situant sur un terrain dynamique, nous choisirons d'inverser les tendances, et de privilégier le désordre dans notre analyse.

Tout d'abord l'ordre ne peut représenter en soi une situation normale, pour la simple raison que la société est composée de forces sociales, souvent antagonistes, qui vont se trouver en relation constante, et dont les rapports se situeront sur un terrain d'affrontement révélateur de contradictions; Nous ne devons pas confondre l'idéal d'ordre que se fixe toute société et la réalité pratique.

Par ailleurs, nous dirons que l'ordre ne peut constituer une situation sociale normale, puisqu'il signifierait l'instauration d'un mode de relations sociales statiques.

Ainsi, si nous reprenons le cheminement de notre analyse, nous pouvons affirmer que le désordre va engendrer l'échange entre les individus, c'est-à-dire la communication, qui aura pour fondement principal le rétablissement de cet ordre idéal, de l'équilibre auquel la société et ses membres se réfèrent comme la situation normale issue du modèle original.

Partant ensuite du principe que la communication va se baser sur la mise en relation, le moyen le plus courant de cette mise en relation se trouvera dans l'usage de la parole. Or qu'est-ce que la parole, sinon avant tout un acte d'échange dont les principaux éléments sont des informations. Ainsi, le conflit et ses modes de règlement vont se trouver essentiellement basés sur un échange d'informations diverses, orales ou pratiques, entre les parties directement concernées, mais aussi entre celles-ci et les divers acteurs intervenant à un niveau ou à un autre dans ce processus.

C'est donc ce processus interactionnel d'échange d'informations qui nous intéresse ici en tant que révélateur des mécanismes de fonctionnement sociaux, et, au-delà d'eux, d'un moment d'écriture sociale de l'histoire d'une société. Et c'est essentiellement par son rôle actualisateur et adaptateur que nous allons pouvoir considérer le conflit comme s'intégrant parfaitement dans ce processus dynamique global, en ce qu'il va institutionnaliser certains comportements sociaux par la transformation de la déviance en changement, et réajuster certains autres types de conduites au regard des nouvelles fonctions que ceux-ci vont désormais devoir remplir au niveau de l'organisation sociale toute entière.

S'instaure ainsi une renégociation globale permanente d'un nouvel ordre social pratique, conformément à l'image référentielle d'un ordre social comme idéal de toute forme d'organisation globale.

Dans le prolongement de notre analyse, quelles vont donc être les révélations faites par le conflit comme mini-processus du désordre social en action ?

### C - LE CONFLIT COMME RÉVÉLATEUR DES CONTRADICTIONS

Arrêtons-nous tout d'abord sur la signification même du terme de contradiction. En fait, il s'agit de l'opposition de deux termes dans un mouvement dialectique, la dynamique sociale apparaissant alors comme un immense mouvement dialectique, au sein duquel nous allons pouvoir repérer des oppositions d'éléments, elles-mêmes génératrices de différents courants qui vont faire ce que nous appelons la dynamique sociale.

Ainsi, l'étude de la pratique des rôles dans le conflit va nous amener à mettre en évidence plusieurs types d'oppositions révélées par le jeu social, chacune significative de mouvements dynamiques particuliers.

#### a - Des contradictions internes et une logique endogène

En premier lieu, nous allons remarquer qu'à l'intérieur d'un même registre culturel certains types d'oppositions entre divers éléments de l'organisation sociale apparaissent, eux-mêmes significatifs de mouvements dynamiques que nous appelons internes.

Ici, comme nous l'avons précédemment envisagé dans le cadre de ce que nous pouvons appeler la recherche d'un équilibre des rapports sociaux, à un statut particulier va correspondre un rôle défini par consensus entre les membres de la société.

Pourtant, dans le cadre de l'utilisation de stratégies et de tactiques individuelles ou collectives souvent adaptatives, le rôle va se trouver modifié par rapport au statut qu'il incarne.

Par exemple, nous pouvons observer un décalage entre le statut coutumier islamisé d'épouse qui n'impose pas à la femme, même salariée, de participer aux charges du ménage, et d'autre part le rôle effectivement tenu par celle-ci qui contribuera réellement à l'entretien de la famille.

Par ailleurs, les actions en rôle directement observables, vont se trouver elles-mêmes exercées au travers de la mise en application de deux éléments fondamentaux des rapports sociaux, à savoir les droits et les devoirs, dont l'équilibre réciproque va se révéler être également un facteur déterminant dans la mise en oeuvre d'une confirmation interne.

En effet, la césure pouvant exister entre les termes de ce couple conceptuel contribuera également à la mise en évidence des courants dynamiques observés grâce à l'examen des mécanismes de fonctionnement à l'oeuvre dans l'agencement des divers éléments de l'organisation sociale, comme dans l'exemple précédent.

Au niveau de la dynamique sociale, ce type de contradiction jouera un rôle décisif au niveau du processus d'adaptation, comme nous l'indique l'exemple choisi. À travers son statut d'épouse, la femme va traditionnellement se voir reléguée à la périphérie de l'organisation sociale, considérée comme une cadette perpétuelle, n'ayant au sein du ménage aucun droit de prendre quelque initiative importante que ce soit concernant la gestion des affaires du ménage. En retour de cet état de droit, l'épouse dépendra entièrement de son mari, ou presque, l'époux, en tant que chef de famille, généralement aîné de fait mais toujours de droit, devant s'occuper de sa

femme comme de ses enfants. Dans la pratique, face à l'incapacité du mari à assurer les charges du ménage, la femme aura deux solutions : soit ne rien faire, provoquant du même coup la découverte de l'incompétence du mari à assumer ses obligations maritales, et risquant par là de s'engager dans un processus de rupture du lien conjugal, soit se taire, et se "débrouiller" seule, cautionnant ainsi le nouveau rôle que son mari lui fait tenir en tant qu'épouse, rôle au sein duquel ses obligations et ses satisfactions vont se trouver déséquilibrées, compte tenu de son statut théorique de cadette face à son rôle pratique d'aînée concrétisé par sa participation aux charges du ménage.

C'est donc l'existence de ces types de déséquilibres dans les rapports conjugaux, à la faveur desquels peuvent se multiplier les conflits matrimoniaux qui nous amène à considérer le biais par lequel les acteurs sociaux seront peu à peu amenés à générer une adaptation nécessitée par les éléments précédemment avancés.

En l'occurrence, par adaptation du rôle d'épouse à son statut, les droits et les devoirs compris par ce dernier terme se trouvant du même coup rééquilibrés, la place et le rôle de la femme épouse au sein du ménage se trouveront modifiés, ce réajustement pouvant avoir lui-même, par la suite, diverses conséquences à l'intérieur d'autres champs sociaux que ceux drainés par les rapports conjugaux, compte tenu de la multiplicité des statuts attribués à la femme au travers de l'ensemble de l'organisation sociale.

#### **b - Des contradictions externes et la manifestation d'une logique hétérogène, mais endogène**

Cette fois-ci, nous allons nous trouver dans le cadre d'une opposition de termes appartenant à des registres culturels différents, qui, pour un même statut, va aboutir au face à face de deux types de rôles contradictoires l'un par rapport à l'autre.

Un exemple de ce cas peut être donné dans la conception du rôle d'époux et d'épouse par un homme et une femme mariés appartenant à des groupes culturels différents.

Ainsi, par exemple, la femme va-t-elle se trouver devoir tenir le rôle d'une épouse, en ayant deux types de référence à son actif : celle de la culture de son époux, et celle de sa propre culture, chacun accordant au statut d'épouse une signification "en" rôle particulière.

La conséquence directe de cette situation sera la divergence de conception des droits et devoirs respectifs, le conflit étant alors d'autant plus profond que l'un et l'autre des protagonistes vont s'attacher chacun à mettre en oeuvre leur propre conception des rapports conjugaux.

À la différence du précédent type de contradiction, dans le cas présent, nous n'allons pas nous trouver devant un mécanisme générateur d'une adaptation du même genre que celle décrite ci-dessus, mais au coeur du mécanisme d'intégration de la contradiction.

C'est pourquoi nous appellerons le type de contradiction rencontré ici une contradiction-différence, utilisée sous deux formes dans la stratégie personnelle de chacun des acteurs du conflit.

- Dans le premier cas, la différence servira d'élément central pour aboutir à une fin, comme c'est par exemple le cas pour l'utilisation du divorce comme instrument de guerre matrimoniale.

En effet, la superposition d'un registre traditionnel, régissant principalement les rapports conjugaux, et d'un registre coutumier islamisé, régissant plus

précisément les rapports matrimoniaux, entraînera la mise à la disposition des époux d'un double registre statutaire, au centre duquel le divorce par rupture du lien matrimonial islamique va apparaître comme un élément de chantage permanent dans les rapports conjugaux.

- Dans le second cas, il est possible d'observer une utilisation de cet élément dans le cadre d'une complémentarité, renouant par là avec un des axes principaux de la conception africaine de l'organisation sociale. C'est par exemple le cas en matière de location où va être utilisée la contradiction existant entre la tradition et le coutumier islamisé, en matière de propriété. En effet, dans le cadre coutumier islamisé, le propriétaire d'un local loué aura droit au paiement immédiat et régulier de son loyer par le locataire, dont il pourra se débarrasser à tout moment en cas de manquement au respect de ces principes de la part de ce dernier.

Par contre, dans la pratique traditionnelle, ce phénomène est inconnu pour la simple raison qu'il se trouvera en contradiction avec les principes de vie en communauté. Et c'est cette "propriété-possession" qui permettra d'une part au locataire de prolonger parfois très longtemps la location sans verser aucun loyer, et d'autre part au propriétaire de demander au locataire de quitter les lieux en invoquant ses obligations communautaires face à un "parent qu'il doit loger bientôt".

Un autre exemple de l'utilisation de cette contradiction peut être trouvé dans l'utilisation de la polygamie traditionnelle illimitée dans le respect de la limitation instituée par l'Islam.

En effet, face à cette contradiction, une pratique sociale a vu le jour, consistant à trouver un prétexte pour chasser une des quatre épouses afin de pouvoir remplacer cette dernière par une nouvelle.

Ainsi, soucieux de préserver leur image de bon musulman, de nombreux hommes vont multiplier mariages et répudiations, quitte parfois à se débarrasser de la nouvelle épouse pour reprendre l'ancienne qui s'avérera finalement plus intéressante pour une raison ou pour une autre.

Mais la palette de l'utilisation de la contradiction de logiques différentes par les divers acteurs sociaux va se trouver enrichie par le recours à un dernier type d'opposition, à savoir celle entre une logique exogène et une logique endogène.

### **c - La contradiction entre une logique exogène et une logique endogène**

À la différence des situations précédentes, nous allons nous trouver dans un cadre où la contradiction de rôles n'aboutira pas à une simple différence que les acteurs en présence intégreront conjointement dans leur stratégie, mais à une réelle divergence rendant impossible la coexistence des deux éléments.

Le cas que nous choisirons pour illustrer notre propos est celui de la contradiction entre le statut traditionnel et coutumier islamisé de père, qui engendre obligatoirement celui de mari, et le statut de père occidental qui dissocie les deux fonctions, contradiction qui aboutit aujourd'hui à l'apparition du statut de "fille-mère" et à la multiplication des naissances "hors-mariage".

Dans ce même contexte, nous pouvons nous trouver dans d'autres circonstances devant une réelle contradiction de statuts, totalement divergents l'un par rapport à l'autre, et dont le représentant se servira lorsque bon lui semblera, la contradiction des logiques de fonctionnement interne de chacun des statuts aboutissant finalement à un choix parfois définitif d'un statut par rapport à l'autre.

L'exemple des rapports professionnels au sein de la fonction publique entre eux personnes auparavant liées par des rapports de camaraderie ou d'amitié est révélateur de cette situation, puisque deux statuts vont alors parfois s'affronter, à savoir celui d'ami ou de camarade, et celui de fonctionnaire, voire de supérieur hiérarchique ou de subalterne.

Et cette coexistence de statuts, dont les droits et devoirs sont contradictoires va souvent aboutir à la destruction totale de l'un au profit de l'autre. En effet, si l'individu choisit de préserver son amitié, il risque alors de se trouver en butte à l'impossibilité d'exercer son pouvoir hiérarchique lorsque cela lui sera nécessaire, et vice et versa.

Deux conséquences divergentes de la mise en application de la présente contradiction au milieu de la dynamique sociale apparaissent;

- La première est caractérisée par la contradiction-antinomie qui symbolise l'irréductibilité des deux logiques en concours, dans laquelle s'incarne l'exemple proposé ci-dessus : la solidarité et l'interdépendance étant des principes directeurs de la logique endogène, tandis que la compétition ressortira de la logique exogène par une organisation sociale hiérarchique basée, en vertu d'une égalité fictive, sur le droit de tous, à prétendre occuper ce que quelques-uns seulement obtiendront, à savoir les fonctions les plus valorisantes au sein de cette organisation, la lutte entre les deux statuts aboutira à l'éviction d'un des deux statuts précités au profit de l'autre.

- Heureusement, ces "luttes fratricides" vont prendre fin lorsque nous allons nous trouver dans une situation permettant l'alliance alternative de deux statuts qui d'ennemis, vont passer amis, et c'est la seconde conséquence de la mise en application de la présente contradiction.

Ainsi, lorsque l'individu pourra se servir alternativement de ses deux statuts, sans que cela ne nuise ni à l'un, ni à l'autre, la divergence va se muer en simple différence, l'ami-fonctionnaire pouvant faire appel au fonctionnaire-ami, et vice et versa.

Nous voyons alors que nous nous retrouvons au centre de cette logique endogène "complémentariste", qui fait de l'interdépendance son mode de fonctionnement privilégié.

Ainsi, l'ensemble de ces mécanismes de fonctionnement de la dynamique sociale va se trouver engagé dans un processus global de règlement des conflits, qui va lui-même répondre à des principes spécifiques correspondant à la mise en oeuvre de la logique plurale africaine.

## II - LA LOGIQUE PLURALE AU QUOTIDIEN DU CONFLIT

Observons donc maintenant le processus de règlement des conflits dans sa dimension pratique et dynamique au travers de ses éléments fondamentaux que nous regrouperons en trois catégories, à savoir les principes de base, les institutions principales intervenant dans ce processus, et enfin les procédures-types utilisées pour parvenir à régler le conflit.

### A - DES PRINCIPES DE BASE

Compte tenu de la prégnance des modèles de comportements observés précédemment, le processus de règlement des conflits va se trouver marqué par un certain nombre de principes fonctionnels de base spécifiques au milieu étudié, et qui influenceront par leur qualité sur l'évolution sociale.

## a - Le rôle de la stratification sociale

Parlant des modèles de comportement traditionnels, nous avons précédemment évoqué le respect en tant que modèle de conduite privilégié dans les rapports sociaux, et à cette occasion, nous avons révélé l'importance que revêtent les rapports aînés/cadets dans le mode d'organisation des relations sociales.

L'aïnesse va donc constituer une notion sociale par l'intermédiaire du support de l'âge et le respect constituera une norme déterminante des relations interindividuelles, découlant de ce qui constitue le fondement même de la relation étudiée, à savoir la dépendance.

En effet, comme nous l'avons déjà évoqué, un certain nombre de responsabilités seront associées au statut d'aîné, responsabilités que celui-ci devra remplir par rapport au cadet. Et la position hiérarchiquement supérieure de l'aîné entraînera la dépendance du cadet par rapport à l'aîné. Ainsi les actions du cadet vont être subordonnées à l'accomplissement des normes découlant du rapport en cause, parmi lesquelles figure l'obtention, de l'avis et/ou de l'accord de l'aîné pour l'accomplissement d'un acte d'importance, seront considérées comme obligatoires.

Mais ce schéma organisationnel se retrouve également dans un autre type de rapports sociaux, considérés par nous comme un substitut des rapports d'aïnesse, à savoir les rapports de clientélisme. Il ne va plus s'agir ici d'un rapport déterminé par l'âge respectif des individus, mais par le rang socio-professionnel occupé par chacun des protagonistes, et les relations ne vont plus s'établir entre un aîné et un cadet, mais entre un "patron" et un client, ce dernier se trouvant dans la position de cadet.

Ici, le patron, incarné par une personne implicant certaines fonctions socio-professionnelles considérées comme valorisantes par la société, va, par sa position sociale, se trouver en butte au prestige et à l'obligation envisagée précédemment de se démarquer de tout rapport de dépendance.

Ces deux types de rapport de dépendance auront donc des conséquences directement observables au niveau du processus de règlement des conflits, puisque l'existence même de ce type de rapport va engendrer un principe de fonctionnement essentiel, à savoir celui de l'évitement du conflit. En principe, l'acceptation du classicisme des rapports par les uns et les autres, par le refus d'avouer peut-être le manquement par l'aîné aux devoirs de sa condition, va permettre de régler apparemment sans problème ce qui aurait pu dégénérer en une véritable bataille rangée entre individus, voire entre familles.

Mais le principe de l'évitement du conflit peut aussi fonctionner en sens inverse, puisque conformément à la tradition, l'aîné se voit investi d'une position l'obligeant normalement à se montrer plus vieux, donc plus sage et raisonnable, ce qui peut provoquer de sa part la poursuite du conflit sous une autre forme ou dans un autre champ de rapports sociaux.

Aussi, s'il reste évident que ce principe d'évitement guidera la très grande majorité des rapports entre les acteurs en conflit, l'application des droits et devoirs de chacun des individus situés dans le cadre d'un rapport de ce type devra être strictement respecté, sous peine d'engendrer de graves frustrations individuelles.

C'est ainsi que nous en arrivons à l'examen de cet autre principe fonctionnel que représentera la réciprocité des droits et devoirs de chacun, et par là même à l'étude du principe de la primauté de l'entraide comme mode de fonctionnement majeur des relations sociales au sein du processus de règlement des conflits.

## **b - Le principe de la primauté de l'entraide et la réciprocité des droits et obligations**

Nous dirons qu'à la faculté, au pouvoir d'exiger quelque chose de quelqu'un et d'accomplir ou non quelque chose par rapport à quelqu'un, va correspondre le devoir de faire quelque chose à l'égard de cette même personne, par équilibre dans les rapports individuels, et au-delà, collectifs.

Par ce biais, il y aura interdépendance entre les membres de la société, chacun occupant divers statuts, communs ou différents de ceux de son voisin, puisque les droits et obligations des membres de la société les uns par rapport aux autres vont être multipliés, et créer par là de véritables réseaux, chaînes de droits et devoirs entre les acteurs du jeu social.

Ainsi l'entraide va se trouver constituer un axe fondamental du processus étudié, mais l'utilisation de l'entraide pourra revêtir plusieurs formes, à savoir l'entraide comme situation d'attente, dans un cadre de transition, puis dans un cadre de médiation, et enfin directement comme un principe fonctionnel de base.

- Dans le premier cas, les acteurs en conflit vont chacun recourir à l'entraide pour chercher à éviter le conflit en question et apaiser une situation pressentie comme dangereuse.

- Dans le second cas, l'utilisation de l'entraide va se situer principalement au niveau du recours aux conseils de personnes extérieures au conflit, dans le but de résoudre le problème initial.

Enfin, l'entraide comme principe s'inscrit dans le processus de règlement des conflits, par la conciliation qui va occuper une place déterminante dans ledit processus.

Dans le même ordre d'idée, la négociation, ouverte ou voilée, va se trouver au centre du même processus, puisque dans chacun des cas, une des parties au conflit va chercher à négocier, d'une façon ou d'une autre, l'intervention de la tierce personne dans le conflit. Et nous allons retrouver cette négociation comme principale gestion des rapports sociaux au travers du principe de la complémentarité fonctionnelle et de sa manifestation la plus représentative, à savoir l'échange.

## **c - L'échange : la complémentarité fonctionnelle impliquant la négociation comme mode de gestion principal des rapports sociaux**

Comme nous l'avons dans le cadre de l'examen de la logique traditionnelle, la différence ne signifiera pas ici le fait d'être contraire, mais complémentaire.

À partir de là, toute la société se trouvera organisée en interdépendance, et l'équilibre social se trouvera dans cette interdépendance des divers groupes sociaux liés entre eux par leur complémentarité fonctionnelle.

Ainsi, de par cette conception de l'organisation sociale, l'échange va prendre une signification particulière, se trouvant au coeur des rapports sociaux communautaires. Chacun va donner pour recevoir en retour, et, dans ce cadre, où les pouvoirs sont disséminés en chacun des membres de la société, les acteurs sociaux devront négocier ensemble pour parvenir à un accord commun dont chacun connaît la nécessité fondamentale.

Dans ce cadre, la négociation sera valorisée en tant que mode privilégié de règlement des conflits.

Mais la négociation peut revêtir deux aspects différents selon qu'elle est réalisée de manière directe, ou de façon détournée par l'intermédiaire d'une institution propre à l'organisation sociale africaine, à savoir la représentation.

- Dans le premier cas, la complémentarité fonctionnelle entre les protagonistes déterminera l'utilisation et l'issue de la négociation, ce mode de fonctionnement constituant un des axes fondamentaux des relations sociales globales, car le souci de préserver le présent et de garantir l'avenir va primer sur l'envie de dominer ponctuellement la réalité du moment.

- Dans le second cas, la complémentarité en action se portera non plus directement sur les acteurs en conflit, mais sur le statut social du ou des représentants de ces acteurs chargés de parler au nom du représenté. Et ceci sera d'autant plus efficace que c'est en fonction du statut individuel que celui-ci sera jugé apte ou non à représenter le groupe et l'individu, à propos de telle ou telle affaire.

Enfin, lorsque la situation apparaît comme bloquée, un dernier principe doit être mis en oeuvre pour garantir le maintien de la complémentarité fonctionnelle, et ce sera une décision unilatérale réciproque de limiter le conflit en revenant à un statu quo ou en acceptant une solution intermédiaire.

Ainsi en avons-nous terminé avec l'étude des divers principes fonctionnels de base du processus de règlement des conflits. Mais nous devons aborder maintenant l'examen d'autres éléments fonctionnels tout aussi déterminants dans le processus qui nous intéresse, à savoir les institutions auxquelles les acteurs du conflit vont recourir individuellement pour tenter d'obtenir une issue favorable au problème qui les oppose.

## **B - DES INSTITUTIONS RELAIS**

Ici, deux types d'institutions vont retenir notre attention, qui correspondent chacune à une logique de règlement des conflits déterminée, à savoir les institutions semi-traditionnelles et les institutions étatiques, que nous nommons institutions-relais, car les premières se situent à la charnière entre la société et l'État, tandis que les secondes cherchent à garantir à la société une bonne transition entre les deux modèles de société et de règlement des conflits représentés d'une part par cette société, et d'autre part, par les institutions judiciaires étatiques elles-mêmes.

Pourtant, nous allons voir que l'interpénétration des logiques peut se retrouver à l'intérieur de chacune de ces institutions à la faveur des divers statuts sociaux représentés par les individus incarnant chacune de ces institutions.

### **a - Des institutions semi-traditionnelles**

Avant de commencer leur présentation, nous dirons que ces institutions correspondent à des institutions originellement traditionnelles et/ou coutumières islamisées, qui existent aujourd'hui tant en dehors du système étatique qu'à l'intérieur de celui-ci, puisqu'elles y ont été intégrées de manière officielle ou officieuse.

Parmi ces institutions, nous en retiendrons deux qui apparaissent comme des éléments essentiels du processus étudié, à savoir, celle du maraboutisme et de la chefferie.

En ce qui concerne le premier, deux fonctions principales vont être assumées par lui dans le cadre du règlement des conflits : celle de *cadi*, et celle de *marabouteur*. En effet, en tant que représentant de la religion musulmane, le marabout va assumer les fonctions d'un juge, tout d'abord par ses connaissances des préceptes religieux, et

ensuite pour le prestige de sa fonction de cadi qui fait de lui un homme reconnu comme sage.

Et cette fonction de cadi sera reconnue au niveau local, mais aussi au niveau national, puisqu'en tant que support de la politique gouvernementale, les marabouts se sont vu accorder par l'ancien chef de l'État une place particulièrement active au niveau du processus de règlement des conflits.

C'est pourquoi il n'est pas rare de voir les représentants des autorités gouvernementales, plus particulièrement les forces de l'ordre, faire appel, directement ou indirectement au marabout-juge pour résoudre un problème qui leur est posé par des parties musulmanes.

Pourtant, la compétence des autorités musulmanes s'arrêtera à celle qu'elles reconnaissent elles-mêmes aux institutions judiciaires étatiques, en l'occurrence les juges de paix, reconnaissance guidée par le souci de ménager l'État à qui elles doivent leur reconnaissance officielle, mais non légale au niveau national.

Mais si la limite du rôle officiel de marabout-juge apparaît ici, celle-ci ne doit pas occulter la portée officieuse du rôle du marabout dans la société niaméenne, puisque ce dernier va trouver une place jugée par les acteurs du conflit encore plus déterminante que celle présentée jusqu'alors, à savoir celle de marabouteur. Il va s'agir ici d'une utilisation détournée de la religion musulmane, c'est-à-dire à des fins de sorcellerie principalement au travers de la fabrication d'amulettes. Dans le cadre du processus de règlement du conflit, le maraboutage va servir de moyen de contrôle du conflit, les acteurs en conflit essayant de se dominer respectivement par l'intermédiaire de l'envoûtement maraboutique.

À côté du marabout, le chef va également tenir une place importante parmi les divers pions de l'échiquier conflictuel. En effet, en tant que symbole vivant et actif du pouvoir traditionnel et de tout ce qu'il représente au niveau de l'identité culturelle nationale et des réalités quotidiennes locales, le chef est appelé aujourd'hui à remplir une fonction de relais au sein de la "Société de Développement", organe socio-politique du "mouvement national" institué par l'ancien chef de l'État.

Dans ce cadre, les différentes collectivités représentées par les villages, tribus, et dans les communes et les villes, les quartiers sont considérés comme les éléments de base de ladite société. Et dans ce contexte, les chefs de villages, de tribus et de quartiers président les conseils de village ou de tribus de développement, tandis qu'au niveau des cantons qui coiffent plusieurs villages, et des groupements qui rassemblent plusieurs tribus, la présidence du conseil local de développement reviendra au chef de canton ou de groupement du lieu concerné.

Ainsi, le chef incarne aujourd'hui encore le prestige de la société traditionnelle, et, à ce titre, vont lui être associés divers rôles traditionnels jusqu'alors remplis par le chef au sein de la structure sociale, parmi lesquels nous trouvons celui de médiateur/conciliateur.

Si légalement le chef sera principalement chargé du maintien de l'ordre public, ce qui aboutira parfois à la remise en cause de son rôle traditionnel par la crainte de perdre sa légitimité légale incarnée aujourd'hui par sa soumission à la structure administrative, le chef conserve toujours sa légitimité traditionnelle attachée aux valeurs conciliatrices, parfois encouragé par les autorités judiciaires qui cherchent là à lui faire assumer son rôle le plus classique.

Ainsi, il n'est pas rare que le juge de paix renvoie les parties en conflit devant le chef, afin d'assurer à long terme la légitimité étatique par la reconnaissance de sa représentation populaire. Car cette situation de désaffection pourrait générer le risque de voir cette institution centrale de la société pratiquement vidée de son contenu, ce

qui remettrait en cause son rôle de courtier entre l'État et ceux qu'il est sensé représenter, marquant ainsi une rupture de communication qui pourrait engendrer la remise en cause du mode de légitimation que revendiquent l'État et ses représentants.

Mais l'examen des institutions étatiques va nous permettre de voir comment l'État s'assure partiellement une reconnaissance populaire, par l'intermédiaire du processus de règlement des conflits.

## **b - Des institutions étatiques**

Ici, deux types d'institutions doivent être envisagées, qui finalement vont adopter des attitudes similaires dans le cadre du règlement des conflits.

Il s'agit tout d'abord de la police, l'agent de police étant défini comme un fonctionnaire chargé du maintien de l'ordre public, et donc appelé à remplir des fonctions administratives définies.

Pourtant, malgré cet état de chose, le policier va intervenir activement dans le règlement des conflits, en refusant de s'en tenir strictement à sa fonction administrative pour s'instaurer lui-même en véritable conciliateur. Ainsi les fonctions du policier ne vont pas se limiter à l'acceptation, voire à l'enregistrement de la plainte, puisqu'une fois cette phase accomplie, le policier commencera à instruire l'affaire, et c'est dans ce cadre qu'il va pouvoir concrétiser un refus de participer passivement à l'accomplissement d'une procédure dont il connaît les tenants et les aboutissants, et dont il n'approuve pas obligatoirement les conséquences. Dans cette perspective, la conciliation sera privilégiée dans le cadre de l'instruction lors d'un dépôt de plainte quelconque, cette utilisation se situant tout d'abord dans le cadre de la procédure légale, dans le but d'arrêter prématurément les poursuites qui devraient être engagées conformément au respect de la procédure administrative normale ensuite.

Par ailleurs, l'agent de police va parfois délibérément choisir de renoncer à des poursuites judiciaires obligatoires, cette manœuvre étant toujours destinée à préserver une porte de sortie pour le fautif, en cas d'accord de la victime. Dans ce cas, nous observons une déqualification d'un délit lorsque les conséquences engendrées par l'exécution de cet acte seront considérées comme disproportionnées par rapport aux conséquences de cet acte lui-même. Et nous retrouvons ici la portée de la conception africaine du règlement des conflits où la sanction ne va pas être vue comme la panacée universelle et indispensable, mais au contraire comme une place à laquelle on va se résoudre faute de mieux. Aussi, tant qu'il peut y avoir un mieux, il sera le bienvenu dans le cadre d'une vie sociale qui se déroule avant tout en communauté, et le policier aura dans ce cadre un rôle très important à jouer comme élément relais entre le modèle occidental de règlement des conflits représenté par l'État dont il est un agent, et le modèle africain représenté par la population civile à laquelle il appartient également de par son statut culturel.

Cette transition sera également réalisée par le juge de paix qui va constituer un élément fondamental de l'originalité du processus de règlement des conflits dans le cadre judiciaire.

En effet, même si le caractère extérieur et supérieur de l'institution par rapport aux parties en conflit garantira à celles-ci une neutralité par l'application stricte des dispositions législatives en cas de jugement, les divers statuts représentés par le juge de paix dans l'exercice de sa profession lui permettent de tenter de convaincre les parties de s'entendre sur l'opportunité de telle ou telle issue possible au conflit qui les oppose.

Trois visages vont apparaître comme déterminants quant à l'influence qu'ils auront sur le processus de règlement des conflits : celui d'ainé (1) de musulman et de magistrat.

Parlant du premier, nous dirons qu'il garantit une transition supportable entre la société et l'institution étatique. Face à ce statut d'ainé, les fonctions remplies par le rôle tenu à cette occasion par le juge de paix seront multiples.

- La première sera celle de conseiller, quitte même à user d'un ton réellement moralisateur.

- La seconde sera celle de substitut du père, car, dans certaines circonstances, le juge de paix fera une démonstration d'autorité dont l'influence est certaine sur les parties en conflit.

- La troisième enfin sera celle de garant de la conformité à la tradition par l'application des valeurs coutumières traditionnelles chaque fois que cela sera possible et adapté.

Ainsi, l'ensemble de ces rôles fera apparaître le juge de paix, l'"ancien", comme un "grand conciliateur", expert dans les techniques de la conciliation dont les principales sont l'utilisation répétée des audiences de conciliation, et la transformation de son rôle de juge en celui de trésorier-payeur, intermédiaire entre les parties, l'une versant au juge l'argent au sujet duquel elle doit rendre des comptes à l'autre partie, et celui-ci reversant à cette dernière l'objet du litige.

Pourtant, si le statut d'ainé va être un des plus importants de ceux utilisés par le juge de paix, compte tenu des conséquences pratiques qu'il va engendrer, nous ne saurions sous-estimer celui de musulman, par lequel le juge pourra garantir aux différentes parties en litige la conformité à la religion, et donner par là un important poids à toutes ses interventions et décisions.

En effet, dans un pays où plus de 90% de la population est musulmane (2), être musulman va socialement recevoir certaines significations importantes, ne serait-ce que par rapport au prestige que ce statut peut parfois sous-entendre. En outre, les pouvoirs du juge de paix en matière de conciliation ne peuvent souffrir aucune faille, sous peine de ne pas être reconnus par les parties concernées, et donc de rendre inefficace tout consensus obtenu.

Le statut de musulman permettra donc au juge de paix d'incarner la conformité de toutes les décisions prises en sa présence à la religion musulmane, donnant du même coup aux parties une raison majeure de se plier aux conventions établies, ou d'entériner les arbitrages effectués dans le cadre d'un jugement contradictoire.

Enfin, comme nous l'avons signalé ci-dessus, un troisième élément pourra être utilisé par le juge de paix dans le cadre strict de sa fonction, à savoir son statut de magistrat.

Et à travers ce statut de représentant de l'État, il sera directement chargé par son employeur de garantir la conformité de ses décisions à la loi, dont il est du même coup le protecteur.

(1) Le statut d'ainé est apparu comme déterminant lors de notre recherche, compte-tenu de l'âge des juges de paix avec lesquels nous avons travaillé.

Cependant, ce principe n'est pas applicable aux jeunes magistrats nigériens récemment sortis de l'École Nationale de la Magistrature de Paris et nommés comme juges de paix dès leur entrée en fonction.

(2) Il n'existe pas de statistiques officielles en la matière, et les estimations varient entre 87% et 98% selon les sources.

Ainsi le juge de paix remplira essentiellement deux types d'obligations dans l'exercice de ses fonctions d'arbitre. Tout d'abord celle de la juridicisation des faits qui lui sont présentés, par la canalisation du discours des parties, la transformation de ce discours et son adaptation aux pratiques quotidiennes, et la juridicisation, et ensuite celle de décision judiciaire en cas de non conciliation des parties par le respect de l'obligation de conformité à la procédure, ce qui ne l'empêchera pas de garantir la mise en oeuvre de la conciliation au travers de jugements à l'allure de conciliation par le caractère de partage des responsabilités qu'ils impliqueront entre les parties.

Mais la mise en oeuvre des principes de base, par l'intermédiaire d'institutions-relais donnera également lieu à l'émergence de procédures-types destinées à contrôler les conflits en cause, et dont le contrepois sera également déterminant sur l'ensemble des différents courants de la dynamique sociale obligatoire.

## **C - DES PROCÉDURES TYPES**

Ici, deux types principaux de procédures vont apparaître, l'un concernant des situations dans lesquelles la négociation se trouvera valorisée, l'autre s'adaptant aux cas où l'intervention d'une tierce personne apparaîtra comme déterminante, notamment dans le cadre de la conciliation.

### **a - La valorisation de la négociation**

Comme nous l'avons vu à travers l'étude des principes fonctionnels de base du processus de règlement des conflits, la négociation découlant du principe de la complémentarité fonctionnelle y occupe une place déterminante. En effet, elle apparaît comme un reflet essentiel au quotidien, et faisant appel aux divers principes des rapports sociaux pour construire une solution au travers de laquelle chacun des intéressés cherchera à tirer le maximum de profit compte tenu de la situation en cause, la base de ce processus se situe au niveau de l'échange interactionnel d'informations.

Mais dans le cadre de la négociation, en dehors de l'intérêt matériel direct des parties en cause, c'est plus souvent le poids des principes de base en tant que modes de fonctionnement valorisés par la société toute entière qui va peser dans la balance des arguments décisifs de l'issue favorable de la négociation.

Ainsi, la préservation des rapports entre partenaires sociaux est un facteur décisif de réussite de la négociation et les parties en conflit vont, tout en essayant de tirer le maximum de profit de la situation, chercher à garantir l'avenir "en gérant aujourd'hui ce qui fera demain".

Par ailleurs, comme nous avons pu nous en rendre compte précédemment, la négociation sera également privilégiée dans le cadre des institutions étatiques, et plus particulièrement dans celui de la justice de paix, même si les circonstances de l'intervention du juge de paix dans le conflit ne paraissent pas permettre la réunion des conditions de réalisation d'une négociation directe entre les parties, sauf dans le cas des conflits conjugaux où la négociation est une étape obligatoire de la procédure légale.

Dans certains cas donc, le juge de paix va tenter de favoriser au maximum le processus d'une véritable négociation entre les parties en conflit, considérant que l'accord intervenu entre elles est la seule issue valable au présent conflit, et ceci plus

particulièrement dans le cadre des concessions où la négociation apparaît comme la seule alternative à la déchirure familiale.

Mais cette solution sera également une porte de sortie face à l'engrenage de la procédure administrative disciplinaire, en cas de conflit professionnel administratif.

Pourtant, lorsque la négociation directe échouera, il reste en principe encore une solution, dont l'efficacité apparaît presque aussi performante que celle du mode de règlement des conflits initial, à savoir l'intervention d'une tierce personne.

#### **b - La valorisation de l'intervention d'un tiers**

Il va s'agir ici d'envisager le rôle de la médiation et de la conciliation sur le processus de règlement des conflits.

En ce qui concerne la médiation tout d'abord, nous choisirons de définir cette fonction comme celle d'un intermédiaire dont la présence va obliger les parties à prendre leurs responsabilités respectives, mais dont la discrétion sera souvent la garantie d'une meilleure entente entre les intéressés.

La qualité de la médiation sera également guidée par le statut particulier du médiateur, dont la personnalité transformera parfois la médiation en véritable conciliation, en vertu de certains pouvoirs accordés à ses fonctions sociales, parmi lesquelles celle d'ainé. Et, dans certains cas, le poids du rapport d'ainesse sera si important dans la tentative de conciliation que la décision finale prendra la forme d'un véritable arbitrage, la proposition soumise par l'ainé ne pouvant être contestée par les protagonistes.

dans le cadre général, la justice de paix reçoit une place de choix puisqu'elle est légalement soumise à l'obligation procédurale de conciliation, ce qui permettra au juge de paix d'occuper une place centrale dans le processus lui-même grâce à la marge de manoeuvre qui lui est légalement laissée.

En effet, après la citation légale de conciliation comme procédure préliminaire, le juge pourra à tout moment tenter de concilier avant le jugement contradictoire proprement dit, dont la décision lui est discrétionnaire.

Par ailleurs, lorsqu'il le pourra, à la faveur d'une rencontre occasionnelle avec une des parties en conflit, le juge cherchera à préparer une conciliation de manière indirecte.

Pourtant, si l'élasticité de la procédure va faciliter l'accès à la conciliation en tant que mode de règlement des conflits, cet outil juridique ne pourra pas à lui seul garantir l'efficacité de la conciliation ainsi privilégiée, et c'est donc l'ambivalence du statut du juge de paix qui va venir renforcer les bases procédurales en donnant à ce fonctionnaire de justice la possibilité de devenir un médiateur de choix.

### **CONCLUSION L'IMPERTINENCE D'UN DROIT COMMUN**

Au regard des développements précédents, que dire du concept de droit commun ?

Le premier constat est que si en théorie l'organisation judiciaire nigérienne de 1962 cherche à faire disparaître la dualité de la justice civile qui résultait de l'organisation judiciaire coloniale, en réalité, à l'intérieur de cette juridiction unique, apparaît une séparation entre deux ordres de juridictions par la spécificité de compétence établie par la loi de 1962 à l'égard des justices de paix qui voient leurs compétences réduites, cette situation aboutissant à l'instauration officielle de deux

types de droit distinct, un droit dit "coutumier" et un droit dit "commun". En effet, dans cette perspective, le droit coutumier fait figure d'exception par rapport au droit étatique, incarné par le droit français qui est applicable directement (Code civil), ou indirectement, la très grande majorité des lois promulguées par l'État indépendant étant fortement imprégnées de mimétisme juridique.

Mais ce premier constat doit être enrichi pour établir que ce droit dit commun ne reflète tout d'abord pas les réalités socio-culturelles de la très grande majorité de la population, et ensuite qu'il serait très difficile, voire impossible de chercher à élaborer une législation reflétant un droit supposé commun, et ceci pour deux raisons.

- La première tient à la diversité des droits en présence dans la société nigérienne, tous reconnus par la population et utilisés conjointement ou alternativement.

- La seconde ressort de la qualité de ces droits dont les principes sont parfois contradictoires sur un même objet, sans que cela ne gêne réellement les acteurs sociaux qui pourront parfois choisir stratégiquement le droit à revendiquer sur le moment en fonction de leurs intérêts particuliers et en fonction des nécessités d'adaptation de la situation aux réalités contemporaines.

Par ailleurs, nous voyons que cette uniformisation serait contraire à la philosophie de la société concernée, laquelle est gouvernée par une logique plurale issue de la nécessité vitale de complémentarité, elle-même lieu d'une dynamique sans cesse renouvelée par l'intermédiaire de l'entraide comme lieu d'affectation de cette logique.

Ainsi le concept même de droit commun issu de l'importation d'un système étatique "clé-en-main" dont un des éléments fondamentaux consiste en la qualité de citoyen, de membre de la Nation moulant chacun dans une identité similaire fictive, perd totalement son sens dans notre lieu d'étude. Car s'il reste une fiction dans son milieu d'origine, il est malgré tout issu de la logique de base de la société occidentale qui a elle-même élaboré cette utopie juridique, ce qui n'est pas le cas en Afrique où ce concept importé entre en totale contradiction avec la conception même de la vie sociale.

C'est donc dans cette perspective de contradiction entre la logique uniformisante d'un État importé, et la logique diversificatrice endogène que se situe le problème de l'intégration nationale et du droit commun. En effet, en regard du principe de l'unité territoriale, celui de l'unité de la population résidant sur le sol va devenir un des principaux enjeux d'un État en quête de légitimité.

Compte tenu de l'ancienneté de son processus d'implantation (XIV<sup>ème</sup> siècle), l'utilisation de l'islam comme médiateur de la diversité culturelle constitue un moyen privilégié de rassembler l'ensemble des groupes en présence sous le drapeau national, cette pratique étant incarnée dans la coopération politique de l'État et de l'association islamique, support officieux de la légitimité recherchée.

Dénominateur commun de la plupart des groupes en présence, l'islam est par ailleurs pour l'État une manière de désamorcer toute revendication politique oppositionnelle basée sur l'argument d'appartenance du pouvoir en place à un groupe culturel particulier. Et ceci sera renforcé dans les faits par la représentation conjointe des divers groupes au sein du gouvernement et de l'assemblée nationale.

Par ailleurs, cette "unification nationale" est orientée au niveau traditionnel par le droit de contrôle que s'arroge l'État par rapport à la qualité de chacune des coutumes qui ne doivent pouvoir se perpétuer que si elles ne sont pas contraires au bien-être commun. Nous reconnaissons ici le fameux principe du tri des coutumes

appliqué antérieurement dans le cadre des tribunaux coloniaux indigènes, le fondement n'étant plus maintenant seulement celui de ne laisser s'appliquer que des coutumes conformes aux principes de civilisation, mais également celui d'appliquer des coutumes qui ne rentrent pas en contradiction avec certains principes appartenant à la majorité des groupes, et surtout avec ceux sur lesquels l'État lui-même a basé sa légitimité.

Pourtant, même si cette politique participe elle-même au processus adaptatif à l'oeuvre dans la dynamique générale, elle n'en représente qu'une facette, elle-même consciente des nécessités d'adaptation de sa propre logique à la logique générale de complémentarité. L'exemple le plus frappant en la matière est la classification par le Code pénal du vagabondage et de la mendicité parmi les atteintes à l'ordre public, alors que nombre de vagabonds et de mendiants font des villes leurs principaux refuges face à une situation économique de tous temps difficile...

Peu d'espoir donc de voir dans le droit commun un concept anticipateur de l'évolution socio-juridique, et ceci d'autant plus que les diverses catégories de droit internes que nous avons recensées ici doivent être encore approfondies par la diversité qu'elles affichent, compte tenu de la multiplicité des groupes et sous-groupes culturels en présence. Aussi, à moins d'être évolutionniste, ce qui nous paraît aujourd'hui totalement désuet, ne serait-ce que par le démenti formel opposé par l'histoire de ce XXème siècle, la problématique de la juridicisation de la réalité sociale africaine doit être repensée.

C'est dans ce cadre que s'inscrit la problématique du pluralisme juridique sur laquelle nous devons cependant réfléchir, car si l'analyse des différents systèmes juridiques des sociétés humaines cache l'ambition de parvenir à la découverte des clés du dialogue entre les cultures, il n'en reste pas moins que les bases analytiques choisies pour atteindre de but demeurent tournées vers l'objectif initial de la recherche de la spécificité juridique qui fait du droit un concept universalisant, au risque de retomber ainsi dans le piège de l'ethnocentrisme de l'idéologie occidentale.

Comment donc associer différence culturelle et interculture, sans privilégier la forme des systèmes juridiques qui, selon le pluralisme juridique, sont à l'oeuvre dans l'ensemble des sociétés humaines au détriment du fond culturel qui peut se révéler le principal lieu d'existence d'une société africaine sur laquelle la linguistique nous apprend qu'elle ne formule qu'indirectement le concept de droit.

Ainsi, une analyse basée sur la rigueur et le formalisme des cadres d'analyse du structuralisme, combinée à l'affirmation de l'universalisme du droit en tant qu'entité semi-autonome de l'organisation sociale, risque d'aboutir à la mise en évidence de structures dépouillées de tout ce qui fait l'originalité de chacune des sociétés, c'est-à-dire leurs modes particuliers d'appréhension de la dimension proprement universelle de l'individu.

En effet, le véritable enjeu de la recherche en la matière est la mise en évidence de la véritable dimension du choix de société, envisagé dans sa globalité, y compris celle d'ignorer le droit en tant que concept analytique d'organisation des rapports sociaux.

## BIBLIOGRAPHIE

- ALLIOT M.**, - Les résistances du droit moderne dans les États d'Afrique francophone et à Madagascar, in *Études de droit africain*, Cujas, Paris, 1965, pp. 235-256.  
 - L'Afrique et le droit, in *Table ronde n° 231*, avril 1967, pp. 5-18.  
 - L'acculturation juridique, in *Ethnologie générale*, La Pléiade, 1968, pp. 1180-1236.  
 - Essai sur les transferts de droit, Ronéo, Séminaire de l'Institut pour l'Anthropologie historique, Fribourg, 1977, L.A.J.P., Paris, pp. 1-76.  
 - Un nouveau droit est-il en train de naître en Afrique ? in *Dynamiques et finalités des droits africains (actes du colloque de la Sorbonne "La vie du droit en Afrique")*, Économica, Paris 1980, pp. 467-496.
- ALLOKE P.** - Le processus de règlement des conflits comme mode de contrôle du changement social à Niamey, Niger. Thèse pour le doctorat de l'Université de Paris I en Droit, juin 1989, 573 p.
- AMADOU O.** - Chronique judiciaire, Imprimerie nationale du Niger, Niamey, 1987, 211 p.
- ARZIKA M.** - Droit et société au Niger : l'évolution du droit coutumier, Thèse de doctorat en droit, Université des Sciences juridiques, politiques, sociales et de technologie de Strasbourg, Faculté de Droit et des Sciences politiques, 1985, 334 p.
- AUGE M.** - La construction du monde, Religion/Représentation/Ideologies, Dossier africain, Maspéro, Paris 1974, 142 p.
- BACHELET M.** - Sources du droit en Afrique Noire, in *Revue juridique et politique Indépendance et Coopération*, n° 1, janvier-mars 1966, T. XX, L.G.D.J. (in Première partie : évolution des coutumes), Paris, pp. 96-106.
- BALANDIER G.** - Anthropologie politique, PUF, Collection Le Sociologue, Paris 1967, 240 p.  
 - Les relations de dépendance personnelle, Présentation du thème, *Cahiers d'études africaines* n° 35 volume IX, 3ème cahier, n° spécial : Les relations de dépendance personnelle en Afrique Noire, pp. 345-349.
- BOURDIEU P.** - Le sens pratique, Les éditions de minuit, Paris 1980, 467 p.
- CHARTE** - Nationale, Secrétariat d'État du Gouvernement, Journal Officiel de la République du Niger, Niamey, Édition 1987.
- COLLOQUE** - Sacralité, pouvoir et droit en Afrique, 4ème colloque du Centre d'Études juridiques comparatives, Table ronde préparatoire organisée par le Laboratoire d'Anthropologie juridique de Paris, février 1978, Éditions C.N.R.S., pp. 6-34.
- LE CORAN** - Texte intégral (traduction Kasimirski), G.F. Flammarion, Paris 1970, 508 p.
- COSTA LACOUX** - Les politiques criminelles des États africains d'expression française, in *Dynamiques et finalités des droits africains*, Économica, Paris 1980, pp. 169-204.

- DIARRA A.** - La notion de personne chez les Zarmas, colloques internationaux du C.N.R.S. n° 544, La notion de personne en Afrique Noire, Paris, 11-17 octobre 1971, Paris, Éditions du C.N.R.S. 1973, pp. 359-372.
- DODO DAN GADO** - Le rôle de la justice de paix au Niger, in *Sahel hebdo*, 1978, n° 149 du 23 octobre, pp. 18 et 29.
- DONAIN P.** - Les cadres géographiques à travers les langues du Niger. Contribution à la pédagogie de l'étude du milieu, Institut nigérien de recherches en Sciences humaines, Études nigériennes n° 37, Niamey, 1975, 287 p.
- DUMONT L.** - Essai sur l'individualisme (une perspective anthropologique sur l'idéologie moderne), Éditions du Seuil, Paris, 272 p.
- GIBBAL J.-M.** - Citadins et villageois dans la ville africaine : l'exemple d'Abidjan, F. Maspéro, P.U.G. Paris 1974, 406 p.
- GIBBAL J.-M.** - **LE BRIS E.** - **MARIE A.** - **OSMONT A.** - **SALEM G.** - Situations urbaines et pratiques sociales en Afrique, in *Cahiers d'Études africaines*, XXI (1-3). 81-83, 1981, pp. 7-10.
- GUILLEMIN J.** - Chefferie traditionnelle et administration publique au Niger, in *Le mois en Afrique*, n° 213-214, octobre-novembre 1983, pp. 115-124.
- GULLIVER P.H.** - Disputes and négociations : a cross cultural perspective, N.Y. and London Academic Press, 1979, 275 p.
- IDRISSA KIMBA** - Guerres et sociétés. Les populations du Niger occidental au XIXème siècle et leurs réactions face à la colonisation (1896-1906), Études nigériennes n° 46, I.R.S.H. Niamey, 1981, 222 p.
- INSTITUT INTERNATIONAL DES DROITS DE L'HOMME.** - La place des droits de l'homme dans les traditions orales, Déclaration de Saint-Louis du 29 au 31 mars 1982, I.I.D.H. Dakar, 1982, 20 p.
- KLOTCHKOFF J.C.** - Le Niger aujourd'hui. Les éditions J.A. Paris, 1984, 239 p.
- LAMPUE P.** - Influence du droit français et du droit coutumier sur les lois civiles africaines, in *Dynamiques et finalités en droit africain*, Economica, Paris, 1980, pp. 14-25.
- LANNE B.** - Régime militaire et Société de Développement du Niger (1974-1983), in *Afrique contemporaine* n° 125, 1983, pp. 14-25.
- LENOBLE J.** - **OST F.** - Prolégomènes à une lecture épistémologique des modèles juridiques, in *Domination ou partage ? (développement endogène et transfert des connaissances)*, Actuel, U.N.E.S.C.O., P.U.F., Paris, pp. 79-91.
- LE ROY E.** - Histoire des institutions d'Afrique Noire, École de droit, Brazzaville, 1972-1973, pp. 135-169.  
 - Les droits africains traditionnels et la modernité, *Revue Montchanin, Journal 1, L'univers juridique autochtone*, octobre-décembre 1979, Volume XII, n° 4, *Cahiers 65*, Montréal, pp. 35-43.  
 - L'expérience juridique autochtone de l'Afrique Noire contemporaine et le transfert des connaissances juridiques, in *Domination ou partage ? (développement*

- endogène et transfert des connaissances), Paris, Actuel, U.N.E.S.C.O., P.U.F., pp. 93-118.
- Image de soi, représentations du pouvoir et rapports sociaux. Réflexions sur la nature des relations de dépendance et sur les modes de subordination et de domination, L.A.J.P. Paris, octobre 1983.
  - Justice et oralité juridique (une réinterprétation de l'organisation judiciaire "traditionnelle"), Bulletin de l'Institut français de l'Afrique Noire, Série B, T. XXXVI, n° 3, pp. 559-591.
- MAHAMAT S.** - Le mariage-baptême : l'ambiguïté, in *Sahel*, dimanche du 29 novembre 1987, pp. 9-10.
- MANGIN A.** - Le Code pénal du Niger. in *Pénant. Revue de droit des pays d'Afrique*, n° 692, juin-juillet 1962, La documentation française, Paris, pp. 458-467.
- MAUSS M.** - Essai sur le don, in *Sociologie et Anthropologie*, Paris, P.U.F., Pub. de sociologie contemporaine, Éd. 1960 (2ème édition).
- MOORE S. F.** - *Law as Process : an Anthropological Approach*, London, Routledge and Kegan Paul, 1978, 265 p.
- MORICE A.** - L'État africain typique : lieu ou instrument ? in *Politique africaine* : n° 26, juin 1987, pp. 42-58.
- NDAW A.** - *La pensée africaine. Recherches sur les fondements de la pensée négro-africaine*, Les nouvelles éditions africaines, Dakar, 1983, 284 p.
- NEWBERY E.** - La loi et l'ordre social selon les cultures autochtones (traduction : A. Bissonnette), in *Interculture : l'univers juridique autochtone et les droits autochtones II*, Volume n° 2-3, avril-septembre 1982, Cahiers 75-76, pp. 26-33.
- NICOLAS G.** - *Dynamique de l'Islam au sud du Sahara*, Publications orientalistes de France, Paris 1981, 335 p.
- OLAWALE ELIAS T.** - *La nature du droit coutumier africain* (traduction Decoufle et Dessau), *Présence africaine*, Paris 1961, 312 p.
- OLIVIER DE SARDAN J.P.** - *Conceptions et concepts Songhay-zarma*, Histoire, Culture, Société, Nubia, Paris 1982, 448 p.
- *Les sociétés Songhay-zarma (Niger-Mali)*, Chefs, guerriers, esclaves, paysans, Publié avec le concours du C.N.R.S. Karthala, Paris 1984, 300 p.
- OST F.** - Juge pacificateur, juge arbitre, juge entraîneur. Trois modèles de justice. in *Domination ou partage ? (développement endogène et transfert des connaissances)*, Actuel, U.N.E.S.C.O., P.U.F., Paris 1980, pp. 1-70.
- RAULIN R.** - Un aspect historique des rapports de l'animisme et de l'Islam au Niger, in *Journal de la Société des Africanistes*, T. XXXII, Paris 1962, pp. 249-279.
- RAYNAULT C.** - *Structures normatives et relations électives. Étude d'une communauté villageoise haoussa*, Mouton, Paris, La Haye 1972, 314 p.
- ROULAND N.** - *Anthropologie juridique*, P.U.F., Collection "Droit fondamental", Paris 1988, 496 p.

- SNYDER F.G.** - Anthropology, dispute process and law : a critical introduction, in *British Journal of Law and Society*, Volume 8, n° 2, Winter 1981, Éd. by Martin Robertson, Oxford, pp. 141-180.
- STOLLER P.** - Social interaction and the management of Songhay socio-political change (l'interaction sociale et les modalités du changement socio-culturel chez les Songhay), in *Africa, Revue de l'Institut africain international*, Volume 51, n° 3, 1981, pp. 765-780.
- TRIAUD J.-L.** - L'Islam et l'État en République du Niger (1974), in *L'Islam et l'État dans le monde d'aujourd'hui*, P.U.F., Paris 1982, pp. 246-257.
- VACHON R.** - Étude du pluralisme juridique : une approche diatopique et dialogale, Communication au XIème congrès des Sciences ethnologiques et anthropologiques, Québec, août 1983, *Journal of Legal Pluralism*, n° spécial anthropologie juridique francophone.
- VERDIER R.** - Problèmes fonciers nigériens, in Pénant, *Revue de droit des pays d'Afrique*, n° 703-704, octobre-novembre-décembre 1964, La documentation française, Paris, pp. 587-593.  
- L'ancien droit et le nouveau droit foncier de l'Afrique noire face au développement, in *Le droit de la terre en Afrique du Sud et au Sahara*, Association internationale des Sciences juridiques, G.P. Maisonneuve et Larose, Paris 1971, pp. 67-68.
- Loi n° 62-11** du 16 mars 1962, fixant l'organisation et la compétence des juridictions de la République du Niger.
- Loi n° 63-18** du 22 février 1963 fixant les règles de procédure à suivre devant la justice de paix en matière civile et commerciale.
- Ordonnance n° 89-06** du 8 février 1989, portant adoption du projet de constitution et le soumettant à référendum.



R.R.J. 1992-3  
Pages 815 à 832

- VI -

HISTOIRE DU DROIT  
ET PHILOSOPHIE DU DROIT



# JANSÉNISME ET CODE CIVIL

Par

Marc PENA

*Maître de Conférences à l'Université de Bourgogne*

## INTRODUCTION

Il est toujours aléatoire de vouloir rapprocher le réalisme du droit et une doctrine de pensée qu'elle soit politique, philosophique ou religieuse. Cependant, au-delà de la norme, on sait qu'il y a, au minimum, une science du droit. Plus loin, cela signifie qu'il existe dans les institutions, une pensée, au moins virtuelle. Le Droit a bien sûr une logique interne et formelle, mais il trouve aussi son dynamisme par l'ajustement, complexe et incertain, des rapports de force politiques, économiques, sociaux et dans les enjeux symboliques que le pouvoir utilise pour l'exprimer. En un mot, il y a peut-être une idéologie de toute norme juridique, en tout cas, il existe une histoire, une sociologie, une philosophie du droit. Notre Code civil, œuvre juridique s'il en est, peut offrir ainsi un exemple, un "cadre-carrefour" à ces affirmations.

Des générations de juristes et d'historiens ont insisté sur les influences philosophiques diverses que le Code Napoléon a subi : celles de l'école du Droit de la nature et des gens, celles des "Lumières" notamment. "La part philosophique" du Code civil n'est donc plus à démontrer (1). Cependant, les influences évoquées semblent toutes aller dans un même sens : celui d'un progrès philosophique et juridique concomitants dont le Code civil serait le point d'aboutissement. Peut-on se contenter de ce "déterminisme" ? La matière du Code civil n'est-elle pas plus complexe, plus riche, plus déroutante aussi ? Un important civiliste comme Jean Carbonnier (2), un philosophe du droit comme Michel Villey, un historien du droit comme Jean-André Arnaud ont pourtant attiré l'attention sur des influences plus inattendues qui toucheraient le Code civil. Parmi celles-ci ces auteurs évoquent le Jansénisme. Ils passent assez rapidement, tout en donnant des exemples et des

---

(1) Cf. notamment, - A.-J. Arnaud, "Les origines doctrinales du Code civil français", L.G.D.J., Paris, 1969.

- A.-J. Arnaud, "Essai d'analyse du Code civil français", L.G.D.J., Paris, 1973.

- M. Villey, "La formation de la pensée juridique moderne", Cours, Fasc. 1 à 5, Paris, 1962-67.

- M. Villey, "Leçons d'histoire de la philosophie du droit", 2e éd., Dalloz, Paris, 1962.

- M. Regaldo, "Un milieu intellectuel : la décade philosophe (1794-1807)", Th. Paris, IV, 1976, At. Lille III, 5 vol., T. 1 et 2.

(2) J. Carbonnier, "Flexible droit", P.U.F., Paris, 1983 - "Droit civil", P.U.F., Coll. Thémis, 4 tomes, 14e éd. mise à jour, 1990 - "Sociologie juridique", A. Colin, Paris, 1972.

références troublants. Quand on sait que le Code civil constituait la somme du droit de l'époque napoléonienne et qu'il est encore la base de nos rapports sociaux, il paraît intéressant d'aller à leur suite, et d'essayer de voir si effectivement le jansénisme et le Code civil, sous différents aspects ou formules, peuvent entretenir des liens plus ou moins étroits, plus ou moins officiels.

Dans son acception la plus courante, le jansénisme apparaît comme un "courant" de l'Église catholique, né dans la chrétienté désorganisée du XVII<sup>ème</sup> siècle. Il s'oppose, en effet, à la tendance ultramontaine et humaniste qui domine le catholicisme de la renaissance et qu'incarne parfaitement l'ordre des Jésuites, et à la montée de la réforme protestante qui tend à laïciser la religion chrétienne. Par sa volonté d'un retour spirituel à l'Église primitive, par sa doctrine du salut et de la grâce, par sa conception foncièrement pessimiste de la nature humaine enfin, le jansénisme apparaît comme une doctrine rude, austère. Aux Jésuites, il reproche la figure de "l'honnête homme", l'exaltation de toute puissance de la raison humaine. Chez les Protestants, il dénonce l'abandon de la tradition de l'Église, en les rendant responsables de l'effondrement de l'universalité chrétienne (3). Cependant, en dépassant l'ordre strictement religieux, ce maximalisme du jansénisme s'apaise, ou, en tout cas, prend un autre sens. En effet, par sa nature profondément philosophique, le jansénisme s'est imposé comme un fait de civilisation de portée universelle, présent dans l'ordre de la foi et de la morale mais aussi dans les comportements sociaux, la littérature, l'art et même, la politique, le droit ou l'économie. Il a été, par là, l'une des composantes importantes de la pensée occidentale et plus spécialement française, durant un siècle et demi, du début du règne de Louis XIV à la Révolution française (4). Cette longévité du jansénisme explique qu'il n'y ait pas eu un jansénisme, mais des Jansénistes. De Jansénius le fondateur, à Blaise Pascal, sans doute le plus connu, en passant par Saint Cyran, Arnaud, Nicole, ou encore des juristes très importants comme Lamoignon ou Domat (5), le jansénisme apparaît

(3) Sur le Jansénisme, Cf. notamment :

- Sainte-Beuve (C.-A.), "Port Royal", Paris, Hachette, 1867-71, 7 vol. ou Bibliothèque de La Pléiade, éditions Gallimard, Paris, 1955, 3 vol.
- Ceysens (L.), "Le jansénisme - Considérations historiques préliminaires à sa notion", in *Analecta gregoriana*, vol. LXXI, Rome, 1954.
- Ceysens (L.), "Sources relatives au début du jansénisme et de l'anti-jansénisme", Bibliothèque de la Revue d'histoire ecclésiastique, T. 32, Louvain, 1957.
- Chauu (P.), "Jansénisme et frontière de catholicité (XVII<sup>ème</sup> et XVIII<sup>ème</sup> siècles)", in *Revue historique*, Paris, 1962, T. 227, p. 115-138.
- Cagnet (L.), *Le Jansénisme*, Collection "Que sais-je ?", P.U.F., Paris, 1961, 1<sup>ère</sup> édition, n° 960.
- Goldman (L.), "Le Dieu caché, Étude sur la vision tragique dans les pensées de Pascal et dans le théâtre de Racine", Gallimard, Paris, 1955.
- Hazard (P.), "La crise de conscience européenne", Fayard, Paris, 1961.
- Hazard (P.), "La pensée européenne au XVIII<sup>ème</sup> siècle", Fayard, Paris, 1963.
- Orcibal (J.), "Qu'est-ce que le jansénisme ?", in *Cahiers de l'Association internationale des études françaises*, n° 3-4-5, Paris, Juillet 1953, p. 39-53.
- Orcibal (J.), "Saint Cyran et le jansénisme", Coll. "Les Maîtres spirituels", t. 25, Le Seuil, Paris, 1961.
- Taveneaux (R.), "Jansénisme et politique", Coll. U., A. Colin, Paris, 1965.

(4) P. Hazard, "La pensée européenne au XVIII<sup>ème</sup> siècle", op. cit., pp. 104-113.

(5) Lamoignon Guillaume (1617-1677), Premier Président au Parlement de Paris, était un juriste éminent et cultivé, autant savant, qu'homme de lettres. "Qu'y a-t-il sous Louis XIV en jurisprudence française ?" disait le comte Portalis, fils de l'un des rédacteurs du Code civil, lors d'une discussion à l'Académie des Sciences morales et politiques : "les arrêtés du premier président Lamoignon, Domat et D'Aguesseau", Cf. Sainte-Beuve, *Port-Royal*, op. cit., Livre VI, p. 467, n. 1, qui ajoute "les paroles sont de M. Portalis et recueillies par moi de sa bouche". Lamoignon avait, en tout cas, partie liée avec les jansénistes. Il était "secrètement" l'ami de Port-Royal. "Secrètement", car il valait mieux, sous Louis XIV, ne pas avouer hautement une telle sympathie.

Domat (1625-1696) est sans doute l'un des plus éminents représentants de la jurisprudence française au XVIII<sup>ème</sup> siècle. Magistrat et janséniste, il est l'auteur d'un ouvrage majeur : "les lois civiles dans l'ordre naturel". Cf. œuvres de J. Domat chez Fournier Didot Père et fils, Charles Béchét, Librairie de

comme un témoin de son temps, tout en évoluant et en s'adoucissant, passant progressivement des conceptions de Saint Augustin à celle de Saint Thomas d'Aquin.

"Témoin de son temps", le Jansénisme l'est assurément, en y adhérant d'abord, en marquant sa profonde originalité ensuite. Il participe ainsi à la société absolutiste et aristocratique de la France d'alors, autant par sa dimension philosophique que par son insertion sociale. "Ses vecteurs de diffusion" que sont les milieux ecclésiastiques, la noblesse parisienne, les grandes villes provinciales en attestent. La noblesse de robe, la partie la plus élevée du Tiers-État, mais aussi petit à petit la moyenne et petite bourgeoisie trouvent dans l'esprit communautaire janséniste une morale adaptée à leur situation ambiguë entre liberté sociale et servitude politique (6). L'originalité du jansénisme est alors de proposer une retraite individualiste en se présentant comme défenseur de la conscience individuelle contre l'arbitraire du pouvoir et, par voie de conséquence, en affirmant la sauvegarde de libertés à consonance aristocratique. Le XVIII<sup>ème</sup> siècle lui donnera deux alliés politiques puissants, les Parlements d'Ancien Régime et le Gallicanisme (7). Pour finir, le Jansénisme affirme une originalité plus grande encore, si on le compare aux grands courants de pensée de l'époque, puisque son rejet de la raison d'État et son exaltation de l'autonomie de la conscience, se conjugue avec un anti-humanisme marqué, refusant la puissance et l'autonomie de l'homme (8). Ce que l'on a dit de ses conceptions spirituelles et religieuses permettent d'en entrevoir aisément la raison. En tout cas, on insiste rarement sur cette réaction janséniste à l'humanisme ambiant, sur cet "arrêt" qui marque la société française et explique, en partie, sa spécificité dans l'Europe d'alors.

Avec la Révolution française, ce n'est pas cette singularité là qui semble triompher. 1789, c'est le triomphe de la partie la plus avancée de la philosophie des Lumières, et du culte de l'homme qu'incarnent si bien les principes de liberté et d'égalité. De ce point de vue, le Code Napoléon apparaît comme l'héritier de ces lignes de force au plan du droit privé et il est souvent qualifié d'œuvre individualiste et libérale (9). Cependant, à y regarder de près, le nouvel "État de droit", l'expression est importante, que le Code civil entend construire semble synthétiser, rationaliser, pour ne pas dire amoindrir les principes révolutionnaires auxquels il se réfère. Tout autant qu'à une déclaration de droits, il fait penser à une déclaration des devoirs et s'il met en avant l'individu, c'est pour mieux l'arrimer à l'ordre social en train de créer

---

jurisprudence, Boiste fils aîné, Paris, 1828, publié en 1989 par le Centre de Philosophie Politique et Juridique de Cæn.

(6) Cf. sur ce point essentiel, La présentation de R. Taneveaux, in "Jansénisme et Politique", op. cit., pp. 7-50.

(7) Sur ce point précis, Cf. J.A.G. Tans, "Les idées politiques des jansénistes", in *Néophilologues*, Paris, Janvier, 1956, pp. 1-18.

(8) Il faut bien sûr ici lire Blaise Pascal. Le jansénisme de Pascal s'oppose ainsi à l'humanisme d'une certaine modernité que pourrait incarner Descartes. L'opposition porte sur un point essentiel : le pouvoir de l'homme. Pour Pascal, la raison est incapable de trouver la clé de l'énigme des choses, la volonté de se soutenir elle-même. Il prend à la fois le contre-pied des Réformateurs qui croyaient que la nature, même rachetée, n'est pas transformée par la grâce et les humanistes chrétiens qui considéraient cette transformation acquise. Le penseur le plus profond du XVII<sup>ème</sup> siècle semble opposer au principe même de la civilisation moderne qui consiste, notamment, à créer, à mi-chemin des choses matérielles et des choses "surnaturelles", un domaine proprement humain, fondé sur les notions que la raison tire de son propre fond.

Cf. Pascal, "Œuvres complètes", Bibliothèque de la Pléiade, Paris, Éd. Gallimard, 1954.

(9) Cf. - P.-P. Viard, "Histoire générale du droit privé français (1789-1830)", Paris, 1931.

- J. Imbert, "Histoire du droit privé", Coll. "Que sais-je ?", P.U.F., Paris, 1950, 6<sup>e</sup> édition 1985, pp. 78-94.

- C. Atias, "Révolution française et droit civil : une rupture ?", in A.F.H.I.P., Actes du Colloque de Rennes (21-22 avril 1988), P.U.A.M., Aix-en-Provence, 1989, pp. 53-71.

(10). Que signifie ce principe d'ordre à côté du principe de liberté ? En 1804, le Code civil a derrière lui, plus de dix années d'histoire révolutionnaire qui a pu autant lui servir de guide que de repoussoir. De plus, il est élaboré par des magistrats réalistes, modérés, assez curieusement à l'écart des grands courants révolutionnaires, qui font souvent du Code Napoléon une œuvre de compromis où le droit révolutionnaire est largement contrebalancé par des emprunts à l'ancien droit, qu'il s'agisse du droit romain ou du droit coutumier (11). Même les "plans du droit naturel" qui sous-tendent constamment le texte (12) semblent éloignés de la conception pure héritée des Lumières. Dans cette "alchimie" qui se veut stabilisatrice pour la société, l'éclairage du jansénisme devient alors intéressant. Sociologiquement tout d'abord, les juristes du Code civil paraissent effectivement très proches des milieux jansénistes (13) ; ensuite, par un remarquable "retournement" de l'histoire, le jansénisme et le Code Napoléon semblent parfois avoir une vision de l'homme assez proche en envisageant de manière similaire les rapports de l'individu à la contrainte sociale. Ce sont ces influences et ces convergences que l'on essaiera d'examiner et d'illustrer.

## I - L'INFLUENCE DES IDÉES JANSÉNISTES SUR LES RÉDACTEURS DU CODE CIVIL

On l'a vu, l'un des traits spécifiques du jansénisme fut de déborder le cercle étroit des clers pour pénétrer la société française en recueillant audience dans la haute et moyenne bourgeoisie. Une telle rencontre ne saurait étonner : grandi en marge des cadres féodaux, le bourgeois représentait, dans une société hiérarchisée, l'individu libre, non seulement par son statut juridique mais aussi par ses options idéologiques. On sait également qu'un processus analogue d'individualisation affecte les grands courants de pensée au XVIII<sup>ème</sup> siècle, au plan philosophique, comme au plan politique ou juridique (14). Ces finalités communes entre bourgeoisie et jansénisme expliquent que celui-ci ait trouvé dans les familles de robe, un terrain naturel de croissance. Croissance qui, sociologiquement, va développer "un monde du droit", dont sont issus les rédacteurs du Code civil et qui, intellectuellement, va donner naissance à une doctrine juridique jansénisante. C'est cet "esprit janséniste"

(10) Cf. La remarquable analyse de X. Martin, "Politique et droit privé après Thermidor", in "La Révolution et l'ordre juridique privé : rationalité ou scandale ?", Actes du Colloque d'Orléans, 11-13 septembre 1986, P.U.F., Paris, 1988, pp. 173-184.

(11) On peut aisément s'en convaincre en consultant tout d'abord le fameux recueil de Fenet sur "les Travaux préparatoires du Code civil", Paris, 1827, qui porte témoignage de la "genèse" du Code entre 1800 et 1804. De même, "Le Livre du Centenaire", 1804-1904, Librairie Édouard Duchemin, Paris, 1977, et notamment l'article M. Esmein, "L'originalité du Code civil", pp. 5-21. C'est Portalis, qui, dans son discours préliminaire au projet de l'an VIII (le plus proche du projet définitif de l'an XII) affirmait : "Nous avons fait, s'il est permis de s'exprimer ainsi, une transaction entre le Droit écrit et les coutumes, toutes les fois qu'il nous a été possible de concilier leurs dispositions, ou de les modifier les unes par les autres, sans rompre l'unité du système et sans choquer l'esprit général", Fenet, Recueil complet des Travaux préparatoires du Code civil", op. cit., T. 1, p. 481.

(12) Portalis dans son "Discours préliminaire sur le projet de Code civil", commentant le livre préliminaire du Code civil, "Du droit et des lois en général", donne cette définition du droit, "le droit est la raison universelle, la suprême raison fondée sur la nature même des choses". J.-E.-M. Portalis, "Écrits et discours juridiques et politiques", P.U.A.M. Aix-en-Provence, 1988, p. 31.

(13) Cf. A.-J. Arnaud, "Les origines doctrinales du Code civil français" et notamment son Titre préliminaire consacré aux artisans du Code civil, op. cit., pp. 27-30.

(14) - P. Hazard, "La pensée européenne au XVIII<sup>ème</sup> siècle", op. cit., pp. 34-58.

- J. Goyard-Fabre, "Philosophie politique XVI<sup>ème</sup>-XVIII<sup>ème</sup> siècles, P.U.F., Paris, 1987, pp. 43-65.

que l'on peut retrouver chez les artisans du Code civil, puis dans l'articulation, la structure de celui-ci (15).

## A - L'ORIENTATION INTELLECTUELLE DES ARTISANS DU CODE CIVIL

Tout d'abord, qui sont-ils ? Il faut différencier les rédacteurs stricto-sensu du Code civil et ceux qui vont intervenir dans les travaux préparatoires (16). Portalis, Maleville, Tronchet, Bigot-Prémeneu sont les rédacteurs officiels, Cambacérés en tant que président, Merlin de Douai, Berlier, Treilhard, Jacqueminot et Bonaparte lui-même, participent à titres divers aux travaux.

— Quant à leur milieu sociologique, ils sont tous de hauts dignitaires du régime napoléonien, ils sont presque tous nés dans "le monde du droit" (17). Incorporés de bonne heure au monde des officiers et des vieilles familles de robe, les artisans du Code civil ne pouvaient pas ne pas en prendre les traits fondateurs : un esprit libéral, fondeur, acquis en partie en idées nouvelles mais également élitiste, réfractaires, austère, en un mot jansénisant. Ils incorporent donc une partie de la philosophie des Lumières mais dans la mesure où elle ne portait pas atteinte à leur morale ou leurs principes religieux (18). En termes juridiques cela signifie que si le courant janséniste allait donner une grande rigueur à leur œuvre, la tendance dite "moderne" n'allait pas les rebuter a priori. Ajoutons qu'ils ont été partisans dès le début de la Révolution d'une monarchie constitutionnelle à l'anglaise et ont à degrés divers connu des difficultés sous la Terreur ou même le Directoire (19).

(15) Il est très intéressant ici d'envisager à la fois le texte proprement dit du Code civil, mais aussi les travaux préparatoires, les discussions parlementaires, les commentaires. Cf. en ce sens, Fenet, "Recueil complet des Travaux préparatoires du Code civil", op. cit., T. 1.

(16) On ne peut se borner à considérer les quatre rédacteurs officiellement nommés par Bonaparte. L'arrêté du 24 thermidor an VIII ne désignait nommément que "M. Tronchet, président du Tribunal de cassation, Bigot-Prémeneu, commissaire du Gouvernement près ce Tribunal, et Portalis, commissaire du Conseil des Prises...pour tenir des conférences sur la rédaction du Code civil, appelant de surcroît "M. Maleville, membre du Tribunal de cassation à remplir les fonctions de Secrétaire rédacteur" Art. 1 de l'Arrêté du 24 Thermidor an VIII, Cf. Fenet, "Recueil complet des Travaux préparatoires du Code civil", op. cit., tome 1, p. 1 xij.

Cependant, bien d'autres juristes se sont imposés au cours de la confection du Code civil. Combacérés, second consul bien sûr, et les juristes qui interviennent devant le Conseil d'État au rôle ici capital.

Cf. en ce sens Ch. Durand, "L'exercice de la fonction législative de 1800 à 1814", Extr. Annales Fac de Droit, Aix-en-Provence, N° série n° 48, 1955.

(17) Le "monde du Droit" au XVIIIème siècle, est effectivement un monde, en ce sens qu'il est un milieu fermé. La plupart des artisans du Code civil appartenaient à de vieilles familles de robe, véritables dynasties de juristes au travers du système de vénalité et patrimonialité des offices. Ainsi, les rédacteurs du Code civil n'ont pas échappé à la règle. Pour la plupart, ils étaient de familles de magistrats ou d'avocats. En fait, seuls Maleville et Merlin de Douai n'appartenaient pas à ce milieu.

Cf. A.-J. Arnaud, "Les origines doctrinales du Code civil français", op. cit., pp. 28-30.

(18) De leur "milieu naturel" les artisans du Code civil prirent donc l'austérité en même temps que l'esprit libéral. C'est sans doute le Vicomte Frédéric Portalis, Conseiller à la Cour Royale de Paris, qui en 1844, publiant les discours, rapports et travaux sur le Code civil de J.-E.-M. Portalis, insistera le plus dans sa présentation intitulée "Essai sur l'utilité de la codification", sur cet esprit à la fois conservateur et libéral des hommes de la codification. Cf. J.-E.-M. Portalis, "Discours et rapports sur le Code civil" précédés de l'"Essai sur l'utilité de la codification" de F. Portalis, Publication du Centre de Philosophie Politique et juridique de l'Université de Cæn, Bibliothèque de Philosophie politique et juridique, Textes et documents, Cæn, 1989.

(19) On connaît ainsi les difficultés de Portalis dès les États Généraux de 89, puis surtout à partir de 1792 où arrêté, il ne dut la vie qu'aux événements du 9 thermidor. Élu au Corps législatif sous le Directoire, il fit partie du Conseil des Anciens, puis, en tant que chef du parti constitutionnel, essentiellement modéré, il présida ce même Conseil des Anciens où il succéda d'ailleurs à Tronchet. Mais là aussi, lié en partie à la cause royaliste, il fut traité avec une extrême rigueur lors du Coup d'État du 18 fructidor puisqu'il dût reprendre le chemin de l'étranger. C'est de là qu'il suivit les péripéties du Directoire, puis accueillit Bonaparte comme un sauveur, le seul homme capable, à ses yeux, de rétablir l'ordre et la modération en France. On sait que cet attachement reçut sa récompense : rappelé à Paris,

— Quant à leur culture juridique, romanistes ou représentants des pays de coutume selon la tradition de l'ancien droit français (20), ce sont des juristes influencés par le caractère pragmatique de l'enseignement du droit au XVIII<sup>ème</sup> siècle qui implique l'émulation et des liens avec les gens de parlements (21), mais aussi des juristes cultivés puisque sensibles, aussi bien au courant empire de la doctrine juridique française qu'aux juristes européens de l'école du Droit naturel. Ils vont donc répondre aux exigences d'une époque soumise à la philosophie des Lumières, non pas en se laissant aller à suivre la nature ou la raison, on connaît la condamnation célèbre de Portalis à l'égard "de l'abus de l'esprit philosophique au XVIII<sup>ème</sup> siècle" (22), mais en étudiant les auteurs qui ont transporté dans le droit les conceptions de la tendance empirique janséniste et de la tendance moderne.

## B - LES LIENS ENTRE LA DOCTRINE JURIDIQUE JANSÉ- NISANTE ET L'ARTICULATION DU CODE CIVIL

On sait que le Code civil est l'aboutissement d'un mouvement commencé au XVI<sup>ème</sup> siècle, se poursuivant avec de plus en plus d'ampleur jusqu'au XVIII<sup>ème</sup> siècle, qui consiste dans la recherche d'une unité des sources du droit, dans un principe d'ordre qui transforme la substance du droit, en le rationalisant d'une part, en lui donnant une légitimité et un but à travers l'école du droit naturel d'autre part. De manière originale, le courant janséniste joua dans ses transformations, pourtant qualifiées de modernes, un rôle important. Pour essayer d'étayer cette affirmation, quatre juristes, théoriciens ou praticiens du droit, touchés à des degrés divers par les principes jansénistes, serviront de fil conducteur. Par ordre chronologique, Lamoignon et Domat, déjà cités qui appartiennent au XVII<sup>ème</sup> siècle, le chancelier D'Aguesseau et le célèbre Pothier (23) considéré comme le "père" du Code civil, qui appartiennent au XVIII<sup>ème</sup> siècle.

---

il ne tarda pas à être nommé membre du Conseil des Prises. C'est dans ces fonctions qu'il se trouvait lorsqu'il fut chargé de rédiger le projet du Code civil de l'an VIII. Un mois après le dépôt de ce projet, il était intégré à la section de législation du Conseil d'État. Ce parcours, à la fois "cohérent" et "sinueux", se retrouve également chez Tronchet déjà cité, Maleville ou même Cambacérés, Merlin de Douai et Berlier.

Cf. J.-J. Arnaud, "Les origines doctrinales du Code civil français", op. cit., pp. 28-39 et J.-E.-M. Portalis, "Écrits et discours juridiques et politiques", cf. Portrait de Portalis, op. cit., pp. 11-17.

(20) Cf. l'affirmation célèbre de Portalis à la note 11. Le Code civil passe ainsi traditionnellement pour une grande œuvre de transaction entre les deux législations dominantes de l'ancien droit. On peut également citer à ce sujet A. Sorel qui, dans son introduction au Livre du Centenaire déclarait : "Le Code civil, c'est la jurisprudence du Droit romain et l'usage des coutumes combinés ensemble, et adaptés à la Déclaration des Droits de l'Homme, selon les mœurs, convenances et conditions de la nation française", Livre du Centenaire, op. cit., I, p. XXIX.

(21) Les rédacteurs du Code civil n'ont donc pas échappé à la règle. Pour la plupart, ils étaient de familles de magistrats ou d'avocats. Ainsi, le père de Tronchet était procureur au Parlement de Paris, et, de bonne heure, il dirigea naturellement son fils vers le barreau. De même, Portalis appartenait à la haute bourgeoisie de Provence et son père occupait la chaire de droit canonique de la Faculté d'Aix-en-Provence. Cambacérés se trouva dans une situation analogue. Il était fils d'un Conseiller à la Cour des Comptes, Aydes et Finances de Montpellier, lui-même noble de trois générations de magistrats. Seuls en comme, Maleville et Merlin de Douai n'appartenaient pas à ce "milieu du droit" caractéristique de la pratique et de la doctrine juridique française bien ancrée dans les parlements.

Cf. A.-J. Arnaud, "Les origines doctrinales du Code civil français", op. cit., pp. 28-30. Cf. également J. Carbonnier, "Le Code Napoléon en tant que phénomène sociologique", Revue de la Recherche Juridique, P.U.A.M., 1981-3, p. 327.

(22) "De l'usage et de l'Abus de l'Esprit Philosophique au XVIII<sup>ème</sup> siècle parut pour la première fois en 1820, après la mort de Portalis. On pourra consulter avec profit de larges extraits de la troisième édition (1834) in J.-E.-M. Portalis, "Écrits et Discours politiques et juridiques", op. cit., pp. 229-399.

(23) R.-J. Pothier (1699-1772) fut professeur à l'Université d'Orléans et Conseiller au présidial de la même ville. Sa vie se résume dans son œuvre qui est considérable et qui consiste :

Lamoignon était premier président du Parlement de Paris sous le règne de Louis XIV (24). Par sa pratique, comme dans son œuvre, il a l'ambition d'établir un "droit commun de la France coutumière", dans la lignée du grand coutumier Loisel (25). Son essai de synthèse est empirique, essayant d'allier l'ancien et le nouveau et c'est cette méthodologie que l'on retrouvera dans le Code Napoléon. En effet, à la fin du XVIIIème siècle, cet essai d'unité sans philosophie de principe, connaîtra un grand succès, ce qui explique que Lamoignon soit cité abondamment par les rédacteurs du Code civil, Tronchet, Portalis et surtout Maleville, dans son "analyse raisonnée du Code civil", un commentaire de certains des articles du Code (26).

Avec Jean Domat, le jansénisme est officiel. Magistrat, compatriote et ami de Pascal, il écrivit un ouvrage essentiel : "Les lois civiles dans l'ordre naturel", à la portée juridique et philosophique considérable (27). Selon Domat, la science du droit a ses principes dans la loi divine et dans les règles immuables de l'équité naturelle. D'où le principe d'un corps du droit ordonné, conforme à l'idéal chrétien et conforté par le droit romain. En affirmant que "les plans du droit naturel" se manifestent d'abord par "l'amour du prochain dans les relations sociales" (28), Domat développe une pensée originale puisqu'à la fois chrétienne et moderne. Cette originalité valut sans doute à Domat l'hommage officiel d'un Portalis ou d'un Cambacérès (29). Bien sûr, au sein du Code civil, le droit naturel s'était laïcisé, puisque destiné à tous les Français, mais il restait un droit naturel fondé, comme chez Domat, sur "l'ordre et les bonnes mœurs". D'où la formule célèbre de Portalis : "Les vertus privées peuvent seules garantir les vertus publiques" (30).

1°) Dans les "Pandectæ in novum ordinum digestæ" où il fait de chaque titre du Digeste un traité méthodique, en transposant les textes pour rattacher entre eux ceux qui avaient quelques affinités, en les complétant par des définitions, des divisions, des règles et des exceptions ;

2°) dans de nombreux traités sur le droit civil dont le "Traité des obligations" qui sont des modèles de clarté, de précision et de méthode. Ces ouvrages, marqués par le rationalisme juridique propre à son siècle et hérités aussi fortement d'un Domat que d'un D'Aguesseau, ont ainsi singulièrement facilité l'œuvre des rédacteurs du Code civil.

(24) On le sait, le Président de Lamoignon est l'une des grandes figures du XVIIIème siècle et son nom demeure lié à la gloire du siècle de Louis XIV : l'ordonnance de 1667 a largement été son œuvre.

(25) La rédaction et la publication des coutumes au XVIème siècle mit fin à l'incertitude du droit et enfanta par là même un droit commun coutumier. La doctrine s'attacha ainsi aux principes généraux issus des coutumes et l'unité de législation civile se réalisa tout d'abord dans les livres. Les plus remarquables de ceux-ci sont, au XVIème siècle, les "Institutes coutumières de Loisel et aussi "l'institution au droit français" de G. Coquille.

(26) J. de Maleville, "Analyse raisonnée du Code civil", 4 vol., Paris, 1804-1805.

Cf. Villaret, "Maleville et le Code civil" dans La Vie judiciaire, Paris, 1961, n° 775 et 776.

Citer au-delà du texte du Code Napoléon lui-même, l'œuvre de Maleville ou les travaux préparatoires, est un parti pris méthodologique essentiel. Il s'agit de sortir de la simple méthode exégétique pour essayer d'analyser l'ensemble de l'œuvre Code civil. Cf. en ce sens, X. Martin, Nature humaine et Code Napoléon, in Revue Droits 2, Paris, 1985, p. 128.

(27) L'introduction célèbre au principal ouvrage de Domat est appelée "Traité des lois". Cf. œuvres de J. Domat chez Fournier Didot Père et Fils, Charles Béchét, Librairie de jurisprudence, Boiste fils aîné, Paris, 1928, publié en 1989 par le Centre de Philosophie Politique et Juridique de Cæn.

(28) Il s'agit ici de rechercher ce que l'on pourrait appeler les racines ou l'intelligence des lois : "on voit dans toutes sortes d'engagements et dans tous les autres qu'on saurait penser, que Dieu ne les forme, et n'y met les hommes que pour les lier à l'exercice de l'amour mutuel, et que tous les différents devoirs que prescrivent les engagements, ne sont autre chose que les divers effets que doit produire cet amour selon la conjoncture et les circonstances". Cf. Domat, Traité des Lois, ch. XI, 19.

(29) Cf. Maleville, "Analyse raisonnée du Code civil", t. 1, pp. 2 et s. de l'éd. Paris, 1805.

Cf. également le témoignage du Comte Frédéric Portalis dont son "Essai sur l'utilité de la codification", op. cit., pp. I-XLVIII.

(30) "Les vertus privées peuvent seules garantir les vertus publiques, et c'est par la petite patrie qu'est la famille, que l'on s'attache à la grande : ce sont les bons pères, les bons fils qui font les bons citoyens". J.-E.-M. Portalis, Discours préliminaire du Code Napoléon, in "Écrits et Discours juridiques et politiques", op. cit., p. 63.

Au XVIII<sup>ème</sup> siècle, le rationalisme juridique triomphe. Le chancelier D'Aguesseau va intervenir comme témoin et comme passeur (31). Gallican et janséniste, il connaît Domat et admire son entreprise d'un droit chrétien unifié. En se référant à la notion de justice de Pascal, toute son action législative a pour but de simplifier le droit pour éviter les procès. À côté de son jansénisme fait de dignité, de fermeté et d'obéissance, on trouve une adhésion aux théories du droit naturel moderne, comme si jansénisme et droit naturel n'étaient pas, ou plus, incompatibles. C'est cette pensée janséniste tirée de Domat appliquée au droit, ajoutée à la référence aux philosophes modernes, que Pothier va accueillir, puis réaliser (32). Pothier synthétise ainsi trois générations de juristes, en faisant sien l'apport rationaliste moderne, l'apport de l'école du droit naturel, et enfin l'apport de la morale janséniste, pour finalement être à l'origine de la naissance d'un droit français très spécifique. Il est ainsi possible de trouver chez Pothier, certaines règles morales en l'honneur chez Domat et D'Aguesseau, que l'on va retrouver telles quelles dans le Code Napoléon. Les propos de Pothier sur l'équité dans les conventions, sur l'honnêteté, la bonne foi, la justice et même le jeu seront repris par Cambacérès, Merlin de Douai, puis Portalis (33).

(31) Le chancelier D'Aguesseau (1668-1751) est l'un des très grands juristes de la première moitié du XVIII<sup>ème</sup> siècle. Esprit extrêmement cultivé, bénéficiant de l'éducation de son père Intendant de Bordeaux, il est Avocat du Roi au Châtelet à l'âge de 22 ans, puis devient bientôt troisième avocat général au Parlement de Paris. En 1700, il était Procureur général au Parlement et devait succéder en 1717 au chancelier Voysin. Sa bibliothèque personnelle était immensément riche : on y voit tous les grands noms de jurisprudence (Montesquieu, Domat, Grotius, Pufendorf, Cumberland, Leibniz, Vinnius, Heineccius aux côtés de Godefroid, Bouhier, Boullenois, Bretonnier, Berroyer, Laurière, Duplessis, Le Maître, Le Brun, Ricard, Bourjon...) et de philosophie (Platon, Aristote, Cicéron, Montaigne, Bodin, Descartes, Gassendi, Bacon, Hobbes, Newton, Locke, Leibniz, Wolff, Bossuet, Machiavel, Spinoza, Malebranche, Antoine Arnauld...)

Malgré sa compétence, le chancelier D'Aguesseau connut plusieurs disgrâces. Il mit à profit les libertés que lui procurait cet exil, pour rédiger les conseils qui furent édités sous le nom d'Instructions à mes enfants. On y découvre alors le penseur. Ses œuvres ont été publiées dès 1759. L'édition parue de 1780 à 1789, en 13 volumes, est certainement la meilleure.

On peut dire avec A.J. Arnaud, que D'Aguesseau est l'introducteur en France des "Plans du Droit Naturel". Cf. A.-J. Arnaud, "Les origines doctrinales du Code civil français", pp. 147-149. En effet, D'Aguesseau n'a pas réalisé pour et par lui-même une synthèse de Droit français. Cependant D'Aguesseau a nettement affirmé son option pour la "logique moderne". Les "Instructions à son fils" ne laissent aucun doute. Il y recommande de lire "le livre préliminaire des Lois civiles" de Domat qui "suivant la méthode des géomètres sur laquelle cet auteur s'était formé, établit d'abord les règles et comme des axiomes généraux, qui influent sur toutes les parties de la jurisprudence". Cf. D'Aguesseau, "Œuvres", éd. Pardessus, Paris, tome 15. Il faut ajouter que la formation de D'Aguesseau avait été largement mathématique. Dans son "Essai d'une institution au Droit public" ou dans les "Notions générales du Droit naturel", il propose un plan dans lequel il se montre le représentant fidèle, en France, de l'École du Droit naturel moderne. Il faut comparer la démarche de D'Aguesseau à celle d'un Pufendorf. Le Droit Naturel est maintenant fondé sur des principes individualistes. D'Aguesseau divise les "Plans du Droit Naturel" en trois parties : les devoirs naturels de l'homme envers Dieu, des devoirs naturels de l'homme envers lui-même et le Droit naturel entre l'homme et ses semblables. Cf. D'Aguesseau, "Œuvres", op. cit., t. 15, pp. 168-179. La démarche de D'Aguesseau est, en fait, une synthèse entre la pensée de Domat et celle de Pufendorf. Elle conduit ainsi au choix d'un plan très semblable aux "plans de Droit naturel" qui florissaient alors à l'étranger. L'œuvre de D'Aguesseau va même plus loin : elle marque l'abandon du plan trop chrétien de Domat et l'adoption d'un véritable plan de Droit naturel.

(32) Continuateur de Domat au XVIII<sup>ème</sup> siècle, Pothier a réalisé, sous "l'œil vigilant" de D'Aguesseau, ce que le Chancelier n'avait pu accomplir. Tous deux étaient amis intimes, et Pothier n'a été lui-même que parce qu'il y a eu D'Aguesseau, celui-ci lui "léguant" notamment la pensée de Domat. Cf. A.-J. Arnaud, "Les origines doctrinales du Code civil français", op. cit., p. 111.

(33) Cf. Les travaux préparatoires du Code civil, in Fenet, op. cit., T. VII, p. 362.

Cf. également le texte même du Code dans ses articles 900, 1133, 1172, 1387, le très général article 6 et l'article 1134, 1<sup>o</sup>, sous le terme "légalement".

Pour Pothier, Cf. "Obligations", Part. I, Ch. I, S. I, article III, § 4, n<sup>o</sup> 33, § 6, n<sup>o</sup> 42, n<sup>o</sup> 43, Œuvres complètes de Pothier, par Bugnet, 10 vol., Paris, 1845-48, 2<sup>ème</sup> éd. avec référence au Code civil, 11 vol., Paris, 1861-62.

L'articulation du Code civil se dessine donc, marqué par une certaine logique sociologique et juridique. Un ordonnancement qui semble également, et c'est important, emprunter aux mathématiques (34). Il faut se rappeler ici, qu'à la suite de Descartes, Pascal et les jansénistes ont développé une logique fondée sur les mathématiques, qu'ils ont voulu adapter à la justice (35), comme s'ils n'avaient pas eu confiance dans la seule volonté humaine. Ces lignes de force vont alors se retrouver au niveau des grands principes du Code Napoléon.

Insister sur la structure unitaire du Code civil où l'influence sociologique et intellectuelle du jansénisme est maintenant patente, n'est pas suffisant pour démontrer la convergence entre les idées jansénistes en matière de droit et les grands principes qui sous-tendent le texte du Code. Il faut également essayer de mettre en avant la rencontre entre le jansénisme et "l'esprit du Code civil".

## II - LA CONVERGENCE ENTRE CERTAINES IDÉES JANSÉNISTES ET LES GRANDS PRINCIPES DU CODE CIVIL

On a déjà insisté sur l'idée que le Code civil apparaît, le plus souvent, comme le prolongement dans la sphère du droit privé de l'œuvre révolutionnaire. Cependant, l'individualisme juridique du Code civil est très différent de l'individualisme politique de 89. À l'ordre politique de la révolution, fondé sur "l'homme-citoyen" de la déclaration de 89, le code Napoléon semble préférer la création ou la reconstruction d'un ordre social. Le "sujet public" de 89, et encore plus de 93, est devenu exclusivement un "sujet privé" (36).

L'"État de droit" nouveau implique alors une certaine vision de la justice d'une part, de l'ordre juridique d'autre part. La justice apparaît autant comme une vertu qui repose sur une certaine conception de la nature humaine, que comme un

(34) Le développement considérable de l'École du Droit Naturel moderne au XVII<sup>ème</sup> et XVIII<sup>ème</sup> siècles est lié à celui de la logique mathématique. En effet, la méthode nouvelle s'étendait peu à peu à tous les domaines de la pensée et plus particulièrement au Droit. Un fait est d'ailleurs significatif : tandis qu'au XVI<sup>ème</sup> siècle et encore au XVII<sup>ème</sup> siècle, les juristes avaient l'habitude de se délasser en cultivant les Belles-Lettres, au XVIII<sup>ème</sup> siècle, ce sont les mathématiques qui deviennent le passe-temps favori d'une grande partie d'entre eux.

(35) Domat, par exemple, dans son projet d'ordonnancement d'un droit chrétien inspiré du droit romain, "les lois civiles dans leur ordre naturel", utilisa la méthode rationaliste moderne. En effet, proche de Port-Royal, de la pensée traditionnelle, il n'est pas demeuré insensible à la méthode générale de connaissance que prônait Descartes : ce fut là sa principale originalité. Il en résulte une rigueur logique à laquelle on n'avait guère été habitué jusque-là : "Domat, a écrit Victor Cousin, avait étudié avec soin les mathématiques ; il en transporta les habitudes dans la composition des lois civiles. Il y part des maximes les plus générales pour arriver, de degré en degré et, par un enchaînement rigoureux et lumineux, aux dispositions les plus particulières, imprimant ainsi à tous les détails des lois la grandeur de leur premiers principes, et à l'édifice entier une simplicité austère et majestueuse".

V. Cousin, Documents inédits sur Domat, in *Journal des Savants*, Paris 1843, pp. 5-18 et aussi 76-93. Cf. également les comptes rendus de l'Académie des Sciences morales et politiques, Paris, 1843, t. III avec les observations du Comte Portalis.

Pour se convaincre de l'importance de l'ordonnancement des mathématiques dans la démarche de Domat lire attentivement ses références dans le "Traité des Lois", op. cit., ch. I à XIV.

En ce qui concerne Pascal, on peut dire que sur le plan des mathématiques, il sut recevoir la logique cartésienne : "je sais un peu ce que c'est, disait Pascal, de l'ordre, et combien peu de gens l'entendent. Nulle science humaine ne peut le garder : Saint Thomas ne l'a pas gardé. La mathématique le garde..." Pascal, *Pensées*, n° 61, in *Œuvres complètes*, op. cit., p. 1100.

La "logique" de Port-Royal est plus célèbre encore divulguant largement la méthodologie cartésienne. Arnauld, notamment, y consacre la valeur de la formation mathématique. Il faut retenir cette règle de méthode qui recommande de traiter les choses "dans leur ordre naturel" et que l'on retrouvera notamment chez Leibniz, Domat et ses successeurs. Cf. A. Brimo, "Pascal et le Droit", Sirey, Paris, 1942, pp. 74-83.

(36) Cf. F. Guiben-Sledzewski, "L'invention de l'individu dans le droit révolutionnaire", in "La Révolution et l'ordre juridique privé : rationalité ou scandale ?". Actes du Colloque d'Orléans, P.U.F., Paris, 1988, pp. 141-149.

pouvoir qui entraîne un positivisme juridique renforcé. L'ordre, lui, va reposer sur des principes individualistes qui vont de manière paradoxale le renforcer. Il apparaît donc comme essentiellement technique (37). Cette spécificité du Code civil, concernant la justice et l'ordre juridique, doit-elle alors beaucoup aux doctrines juridiques et philosophiques jansénistes ?

## A - LA NOTION DE JUSTICE

Pour le Code civil, la justice a sa source dans l'état de nature, c'est-à-dire dans l'Homme, mais en même temps, elle trouve sa réponse dans des lois positives (38). Pour le jansénisme, la justice n'est pas une donnée brute de la Nature, elle est une révélation, une grâce. Il reste que l'homme, par le fait coutumier, par la positivité du droit, va participer à l'établissement des lois (39). Il y a donc entre le Code et la doctrine juridique janséniste, une déontologie, une méthodologie communes. Dans les deux cas, le droit a un sens et surtout la réponse à ce sens c'est un positivisme juridique marqué. Pour comprendre cette démarche assez semblable, il convient de confronter les conceptions qu'ont de la nature humaine, les jansénistes et le Code Napoléon, avant d'analyser les deux réponses positivistes.

— Quant à la conception de l'homme, on connaît les formules extrêmes d'un Pascal : "L'Homme est un monstre incompréhensible, témoignant négativement de l'image de Dieu. Tout dans l'histoire atteste que Dieu se cache" (40). En un mot, pour Pascal, la raison humaine est impuissante, ou plutôt elle doit sans cesse se dépasser, si elle ne veut pas tomber en-dessous d'elle-même. Elle est donc en même temps maniable, utilisable. À partir de cette ouverture le jansénisme, sous influence thomiste, va participer au rationalisme ambiant mais "faut de mieux", car "l'état de nature" n'intéresse pas vraiment les jansénistes qui ont une vision pessimiste de l'Homme. Même pour Domat, il est vain de chercher en soi-même des règles de droit (41). Au premier abord, ces conceptions paraissent en contradiction avec l'individualisme et l'optimisme issu de 89 que le Code civil a intégré. Cependant, à y regarder de près beaucoup de questions affleurent. Pourquoi, tout d'abord, à la suite de la déclaration de l'an III, le Code civil n'envisage-t-il les droits de l'homme qu'"en société" (42) ce qui implique un amoindrissement du concept des droits naturels de

(37) Cf. - Analyses respectives de M. Villey, "Leçons d'histoire de la philosophie du droit", op. cit., pp. 278-279.

- C. Atias, "Révolution française et droit civil...", op. cit., pp. 53-71.

- X. Martin, "Politique et droit privé après Thermidor", op. cit., pp. 173-184.

(38) La "source" du Code civil est évidemment ici "la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen" du 26 août 1789 où le droit naturel s'incarne en un droit positif déclaratif puis protecteur puisque l'assemblée notant ce texte symbole, est constituante, c'est-à-dire qu'elle saura l'articuler à la première constitution écrite de la France. Ainsi "les Hommes naissent et demeurent libres et égaux...".

(39) Pour Pascal surtout aucune loi humaine en soi ne peut être tenue pour juste ou pour raisonnable. La loi naturelle existe sans doute, mais le péché l'a rendue inaccessible à l'homme. C'est pourquoi la sagesse est d'obéir à la coutume : "La coutume fait toute l'équité par cette seule raison qu'elle est reçue ; c'est le fondement mystique de son autorité. Qui la ramène à son principe l'anéantit. Rien n'est si fautif que ces lois qui redressent les fautes ; qui leur obéit parce qu'elles sont justes, obéit à la justice qu'il imagine mais non pas à l'essence de la loi : elle est toute ramassée en soi ; elle est loi et rien davantage", Pascal, Pensées, n° 230, op. cit., p. 1150.

(40) Pascal, Pensées, n° 599, op. cit., p. 1278.

(41) Ainsi Domat affirme au sujet des "engagements", c'est-à-dire des contrats, que Dieu les forme et y soumet les hommes. Domat, Traité des Lois, Ch. IV, 5. Du coup, un peu plus loin, Domat en appellera au droit positif en insistant : "il faut ajouter à ces remarques sur ce qui regarde les engagements, qu'ils demandent l'usage d'un gouvernement qui contienne chacun dans l'ordre des siens", Ibid, Ch. IV, 6.

(42) Dans la déclaration des droits de l'homme de l'an III, la liste est plus courte qu'en 89, la rédaction plus terne, l'esprit plus étié. Elle est complétée de façon significative par une déclaration des

l'homme (43) ? Pourquoi à la seule loi de Nature, les travaux préparatoires du Code civil opposent "mille ans de loi civile" (44) ? Comment oublier également, qu'après 89, il y a eu 93, l'épisode de la Terreur, assimilée par Portalis à un retour à "l'état de nature" opposé à l'état social et à son ordre (45). Ainsi, à de nombreuses reprises, le Code civil, même s'il s'y réfère officiellement, supplée la Nature. Sa vision de la personne humaine est beaucoup moins idyllique qu'on ne l'a dit. En fait, en accord avec l'évolution politique du consulat, avec les idées scientifiques du temps, la personne humaine est conçue comme un être de besoin, plus encore, dans une expression que ne renierait pas Pascal, comme une "mécanique d'appétites" (46). Il faut ainsi "arrêter la Révolution aux principes qui l'ont commencé", c'est-à-dire insister sur les devoirs, selon l'expression de Portalis, "du bon père, du bon fils, du bon citoyen", définis eux-mêmes strictement (47), plutôt que de "laisser faire" l'individu et la loi de Nature (48). À l'optimisme rousseauiste a succédé la rationalité du Code civil, faite de modération à la Montesquieu, et en un sens de pessimisme, puisque le Code civil se réfère à une conception mécaniste de l'homme et de la société (49). Ces deux pessimismes, même s'ils sont de nature différente, vont aboutir à un positivisme juridique presque absolu chez les jansénistes, très accentué pour le Code Napoléon.

---

devoirs. Maintes fois, les travaux préparatoires du Code civil réfléchiront cette option que le Code civil officialisera.

(43) Selon X. Martin, l'on serait passé, après l'épisode de la Terreur de 1793, "d'un optimisme approximativement inspiré de Rousseau, à un pessimisme résolu sur la nature de l'homme". On peut continuer avec l'auteur qui parle de "la logique hobbenne du moment, puisque si Hobbes évoque des "droits" de l'homme naturel, il n'y a là, en fait, qu'un potentiel d'appétits élémentaires, le juridique, donc les droits individuels au sens strict, présupposant le pacte de la société".

X. Martin, "Politique et Droit privé après Thermidor", op. cit., pp. 174-175

(44) L'expression est de Tronchet. Cf. Fenet, "Recueil complet des Travaux préparatoires du Code civil", op. cit., t. 12, p. 307.

(45) L'adjectif "civil" chez les rédacteurs du Code civil est chargé d'un lourd contraste avec l'idée de nature devenue péjorative. À travers "Nature" et "civil" on oppose "État social" et "état sauvage" ou "anarchie".

Cf. X. Martin, "Nature humaine et Code napoléon", op. cit., p. 124.

(46) Il faut insister ici sur le climat idéologique et scientifique qui prédomine dans les années de gestation du Code dont bien des traits se retrouvent dans le milieu intellectuel de la "Décade philosophique" c'est-à-dire chez Volney, Garat, Destutt de Tracy et plus encore dans le livre célèbre de Cabanis "Des rapports du physique et du moral de l'homme" qui connut un grand succès.

Cf. M. Regaldo, Un milieu intellectuel : la décade philosophique (1794-1807), op. cit.

On peut ainsi parler à propos de Cabanis d'un "matérialisme hobben" puisqu'il conçoit l'homme comme une "machine", exclusivement conditionnée par les sensations, comme si il y avait plus de rupture entre règne animal et espèce humaine.

Cf. P.-J.-G. Cabanis, "Rapports du physique et du moral de l'homme", Paris, 1844, rep. Paris-Genève, 1980, pp. 41-42, 46-47, 61, 101, 166, 259, 399, 521, 548, 579, 586.

Cf. également X. Martin, "L'insensibilité des rédacteurs du Code civil à l'altruisme", in R.H.D., 1982-4, pp. 589-618, pour de nombreuses citations.

(47) On connaît, en son entier, l'expression célèbre de Portalis : "les vertus privées peuvent seules garantir les vertus publiques ; et c'est par la petite patrie qu'est la famille, que l'on s'attache à la grande ; ce sont les bons pères, les bons maris, les bons fils, qui font les bons citoyens. Mais on oublie souvent de continuer le texte de Portalis : "Or il appartient essentiellement aux institutions civiles de sanctionner et de protéger toutes les affections honnêtes de la nature". Autrement dit, comme l'exprime d'ailleurs un peu plus tôt Portalis, l'objet du Code civil a été de "lier les mœurs aux lois". Ainsi en inversant la proposition, les bonnes lois amèneront insensiblement aux bonnes mœurs.

J.-E.-M. Portalis, "Discours préliminaire sur le Projet du Code civil, in "Écrits et Discours juridiques et politiques", op. cit., p. 63.

(48) À partir de là, on peut presque affirmer en élargissant la remarque de Cambacérès sur le droit de propriété, que les droits individuels sont de véritables "créations sociales". Devant l'Institut, Cambacérès a, en effet, parlé de "véritable création sociale", cité par B. de Jouvenel, "les débuts de l'État moderne", Paris, P.U.F., 1976, p. 125.

(49) Cf. le lien avec Hobbes, in "Leviathan", édition Paris, 1971, pp. 97-98, 113, 151-152.

— Quant au positivisme juridique, les jansénistes estiment que l'homme ne pouvant découvrir le juste qu'avec l'aide de Dieu, la loi ne peut exister qu'en étant reçue (50). D'où une apologie du fait, une positivité que l'on retrouve dans la théologie, la philosophie, la physique jansénistes (51). En droit, les lois établies, la coutume notamment, représentent l'accomplissement de la volonté divine (52). Parce que la justice ne peut se rencontrer dans la nature, il faut y suppléer par une positivité de la justice. On obéira à la coutume, parce qu'elle est un fait, non parce qu'elle est juste ou raisonnable (53). Le droit positif incarnera donc un ordre divin, qui ne pourra être perçu que par un sujet préparé, un sujet chrétien (54). Avec le Code civil, la laïcisation du droit est patente mais sa positivité est tout aussi présente. Là aussi, c'est le sujet qui reçoit la loi, qui lui donne son sens, là aussi c'est la nécessité de la loi qui fait l'ordre social. La réponse pessimiste du Code Napoléon à "l'état de nature" c'est justement un positivisme massif qui amène Portalis à affirmer qu'on doit être libre avec les lois jamais contre elles (55). D'où l'importance, selon Portalis "des relations privées entre les hommes" (56), mais aussi la dimension juridique c'est-à-dire la dimension sociale et publique de ce droit privé (57).

Le positivisme du Code civil aboutit ainsi, comme chez les jansénistes, à la mise en avant d'un ordre : supérieur et chrétien pour le jansénisme, technique et moral pour le Code Napoléon.

(50) De la justice, les jansénistes déclarent, après Saint Augustin, qu'on ne peut la connaître que par la Révélation. La Raison chez Pascal est impuissante, et ne saurait donc connaître le juste : "j'ai passé longtemps de ma vie en croyant qu'il y avait une justice ; et en cela je ne me trompais pas : car il y en a, selon que Dieu nous l'a voulu révéler. Mais je ne le prenais pas ainsi, et c'est en quoi je me trompais ; car je croyais que notre justice était essentiellement juste, et que j'avais de quoi la connaître et en juger. Mais, je me suis trouvé tant de fois en faute de jugement droit, qu'enfin je suis entré en défiance de moi et puis des autres. J'ai vu tous les pays et hommes changeants ; et ainsi, après bien des changements de jugement touchant la véritable justice, j'ai connu que notre nature n'était qu'un continuel changement, et je n'ai plus changé depuis, et si je changeais, je confirmerais mon opinion. Pascal, *Pensées*, n° 252, op. cit., p. 1155.

(51) La justice n'est donc pas une donnée de la nature. L'homme ne peut découvrir le juste que par la Révélation mais aussi en observant "le fait coutumier" qui représente l'accomplissement de la volonté de Dieu. Le Droit est donc constitué par "un ensemble de faits juridiques". La justice n'est autre chose que les lois établies et la coutume : "la justice est ce qui est établi ; et ainsi toutes nos lois établies seront nécessairement tenues pour justes sans être examinées, puisqu'elles sont établies". Ibid., n° 236, p. 1152.

(52) Peu importe alors que les lois soient réellement justes. Célèbre, la formule pascalienne en matière de justice : "Ne pouvant faire qu'il soit forcé d'obéir à la justice, on a fait qu'il soit juste d'obéir à la force" (Pascal, *Pensées*, n° 238, op. cit., p. 1152) a des implications capitales que l'on retrouve un peu plus loin dans les *Pensées* : "Il est dangereux de dire au peuple que les lois ne sont pas justes, car il n'y obéit qu'à cause qu'il les croit justes. C'est pourquoi, il lui fait dire, en même temps, qu'il y faut obéir parce qu'elles sont lois, comme il lui faut obéir aux supérieurs, non pas parce qu'ils sont justes, mais parce qu'ils sont supérieurs. Par là, voilà toute sédition prévenue si on peut faire entendre cela, et (ce) que (c'est) proprement la définition de la justice". Ibid., n° 288, p. 1161.

(53) "Montaigne a tort : la coutume ne doit être suivie que parce qu'elle est coutume et non parce qu'elle soit raisonnable du juste", Pascal, *Pensées*, n° 287, p. 1161.

Il y a là un véritable positivisme juridique : le Droit, c'est ce qui est posé ; c'est la loi telle qu'elle existe ; c'est aussi la coutume.

(54) Ainsi, selon Jean Domat, la science du droit a ses principes dans la loi divine et dans les règles immuables de l'équité naturelle. Cf. Domat, *Traité des lois*, ch. 1.

(55) Portalis, "Exposé des motifs du projet de loi sur la propriété", Présenté le 26 nivose an XII, in "Écrits et Discours juridiques et politiques", op. cit., p. 115.

(56) "Toute révolution est une conquête. On ne s'occupe plus des relations privées des hommes entre eux : on ne voit que l'objet politique et général : on cherche des confédérés plutôt que des citoyens. Tout devient droit public". Portalis "Discours préliminaire sur le projet de Code civil", in "Écrits et Discours juridiques et politiques", op. cit., p. 22.

(57) Cambacérès, après Thermidor ne voit "les droits naturels de l'homme" que comme "une création sociale" ce que confirmeront les Travaux préparatoires du Code civil. Cf. X. Martin, "Politique et Droit privé après Thermidor", op. cit., p. 175 et 183, notes 11 à 13.

## B - LE PRINCIPE D'ORDRE

Comme les jansénistes et jurisconsultes de l'ancien droit français, les rédacteurs du Code civil en dénoncèrent le caractère informe (58). En ce sens technique, tout d'abord, le Code Napoléon était une entreprise d'ordre. Mais c'est surtout la nature de cet ordre qui le rapproche insensiblement des conceptions jansénistes. On connaît là encore, la formule de Pascal : "ne pouvant faire qu'il soit forcé d'obéir à la justice, on a fait qu'il soit juste d'obéir à la force" (59). Il y a là les racines d'un conservatisme social, non par respect d'un ordre voulu par Dieu, mais par crainte du désordre social. Or, le Code Napoléon est justement un effort de normalisation sociale où le contrat social entre l'individu et la collectivité s'est déséquilibré au profit de celle-ci (60). Parce qu'héritier des principes individualistes de 89, le Code civil a dû construire un ordre en assurant un meilleur arrimage civique des individualités. Le principe individualiste du Code civil n'existe donc qu'à travers le filtre des exigences sociales, comme la liberté de conscience janséniste ne pouvait se concevoir sans l'obéissance finale à l'ordre établi.

Ce principe d'ordre commun va trouver une application caractéristique dans le Code civil lorsqu'il s'agit pour lui d'organiser deux des droits naturels essentiels issus de 89 et qui constituent un peu les matrices du Code : la propriété et la liberté contractuelle.

— Quant au droit de propriété, il est évidemment devenu, avec le développement du libéralisme au XVIIIème siècle, l'une des bases essentielles de la société civile. Après 89, le droit de propriété participe à l'édifice du Code civil en son célèbre article 544 qui semble en faire une liberté absolue (61). Là encore, la différence paraît importante avec la réflexion janséniste qui en fait une conséquence de la chute de l'homme, plutôt positive sans doute, mais en aucune façon un principe en soi (62). Cependant, à partir de principes une nouvelle fois différents les modalités concrètes de ceux-ci entraînent d'importants rapprochements. Si on lit attentivement l'article 544, et si surtout on se réfère aux débats sur la propriété au moment des travaux préparatoires (63), on s'aperçoit, au-delà du principe, du caractère technique, utilitariste, presque restrictif, que les hommes de 1804 donnent au droit de propriété. Loin de Locke, loin de 1789, Portalis, le "penseur" en ce domaine, fonde la propriété sur le besoin, c'est-à-dire sur "la lassitude des hommes",

(58) C'est ce que A.-J. Arnaud nomme le "systématisme axiomatique moderne", Cf. A.-J. Arnaud, "Les Origines doctrinales du Code civil français", op. cit., pp. 120-124.

(59) Cf. note 52.

(60) On serait ainsi passé à un optimisme sur la nature humaine inspiré de Rousseau, surtout dans la période 1792-94, à la déclaration des devoirs de l'an III, puis à ce Code de l'an XII porteur des moyens réalistes "d'arrimer" les individus à la nouvelle société.

Cf. en ce sens, X. Martin, "Politique et Droit privé après Thermidor", op. cit., pp. 173-183 - Marc Pena, "Les origines historiques de l'article 6 du Code civil", Revue de la Recherche juridique, Droit prospectif, 1992-2, P.U.A.M., pp. 513-519.

(61) Article 544, "La propriété est le droit de jouir et de disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements", Titre II, Livre II du Code civil.

(62) Dans son "Premier discours sur la condition des grands", Pascal justifie la propriété pour des raisons purement empiriques : injuste et arbitraire dans son principe, la propriété est cependant nécessaire à l'ordre social. Ce n'est même pas la loi qui établit la propriété : celle-ci existe dans l'état de fait antérieur aux institutions publiques. Cf. Pascal, "Œuvres complètes", op. cit., pp. 616-617.

(63) Les interventions les plus remarquables sont souvent ici l'œuvre de Maleville, interventions que l'on retrouve dans son "Analyse raisonnée du Code civil". Il est important encore ici de sortir de la pure exégèse pour arriver à une analyse "externe" du Code civil. Cf. Fenet, "Recueil...", op. cit., t. 11.

sur "le désir de paix" (64). Ainsi, comme on règle l'exercice de tous les autres droits, on règle l'exercice du droit de propriété : l'article 544 parle du "droit de jouir et de disposer des choses de la manière la plus absolue" certes, mais il ajoute "pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois et les règlements". Selon Portalis "on ne peut aimer la propriété sans aimer les lois qui la protègent" (65) : plus qu'un droit naturel, le droit de propriété devient une création sociale (66). Ainsi, on ne veut pas seulement fonder l'ordre social sur la propriété mais aussi la propriété sur l'ordre social existant. La propriété sera comme dans l'ancien droit, comme chez Domat ou Pothier, encore en partie limitée, dépendante (67). Les hommes du Code civil vont justifier un véritable contrôle de la puissance publique sur l'exercice et l'attribution du droit de propriété, aussi bien pour protéger les propriétaires les uns des autres, que pour concilier les fins privées avec l'intérêt de tous (68). Portalis insiste d'ailleurs sur l'idée que le Code innove moins en ce domaine qu'il ne fait un retour à l'essence du droit. Pour lui, l'histoire doctrinale du Code civil a certes des racines historiques récentes, l'œuvre des juristes de l'école du Droit Naturel, mais elle s'inscrit également dans une vision chrétienne. Le Droit général conféré à l'homme sur la totalité des choses vient de ce principe qui voit dans l'homme la créature investie par la Providence divine de la tâche "d'achever le grand ouvrage de la création" (69). Le Droit de propriété dans le Code civil exprime donc une sorte de quintessence de la réflexion et de l'expérience humaine, il est temporel. Pour Pascal, la propriété était un gage de paix sociale, une valeur positive agissant sur l'amour-propre de l'homme, en stimulant son activité au bénéfice de tous (70). Ici, les valeurs d'une certaine bourgeoisie janséniste d'avant la Révolution, rejoint les préoccupations des hommes de 1804. D'où "la solidité des liens de famille", si importante pour le Code civil, qui s'inscrit dans cette perspective, d'où aussi, de manière presque mécanique, la stabilité des liens d'obligations.

— Quant au domaine de la liberté contractuelle, il est peut-être le lieu où, ce que l'on peut maintenant appeler le "jansénisme juridique" du Code civil, est le plus apparent. Dès avant la Révolution, le droit des obligations était un droit commun

(64) Il s'agit là sans doute de toute "l'idéologie" du Consulat puis de l'Empire. Plus précisément, concernant Portalis, celui-ci "introduit" la propriété dans son discours préliminaire sur le Code civil par cette formule : "L'Homme naît avec des besoins ; il faut qu'il puisse se nourrir et se vêtir : il a donc droit aux choses nécessaires à sa subsistance et à son entretien. Voilà l'origine du droit de propriété". Portalis, "Discours préliminaire...", in "Écrits et Discours juridiques et politiques", op. cit., p. 60.

(65) Portalis, Exposé des motifs du projet de loi sur la propriété", présenté le 26 nivôse an XII, in "Écrits et Discours juridiques et politiques", op. cit., p. 127.

(66) Cf. X. Martin, "L'insensibilité des rédacteurs du Code civil à l'altruisme", op. cit., pp. 589-618.

(67) Cf. en ce sens Portalis, "Exposé des motifs du projet de loi sur la propriété" in "Écrits et Discours juridiques et politiques", op. cit., pp. 115-122. et J.-A. Arnaud, "Analyse structurale...", op. cit., pp. 184-189.

(68) Pour Portalis, "la vraie liberté consiste dans une sage composition des droits et des pouvoirs individuels avec le bien commun", Ibid., p. 115.

(69) Cf. Portalis, "De l'usage et de l'abus de l'esprit philosophique", in "Écrits et discours politiques, t. 1, ch. XXX, pp. 345-358.

Ce qui fait du droit de propriété selon le Code civil un droit "subjectif". Cf. A.-J. Arnaud, "Les origines doctrinales...", op. cit., pp. 186-189.

(70) "Ainsi tout le titre par lequel vous possédez votre bien n'est pas un titre de nature, mais d'un établissement humaine... C'est ce qui nous distingue un peu de cet homme qui ne posséderait son royaume que par l'erreur du peuple ; parce que Dieu n'autoriserait pas cette possession et l'obligerait à y renoncer, au lieu qu'il autorise la nôtre. Mais ce qui nous est entièrement commun avec lui, c'est que ce droit que vous y avez, n'est point fondé, non plus que le sien sur quelque qualité et sur quelque mérite qui soit en nous et qui nous en rende digne. Votre âme et votre corps sont d'eux-mêmes indifférents à l'état de batelier, ou à celui de duc ; et il n'y a nul lien naturel qui les attache à une condition plutôt qu'à une autre". Pascal, "Premier discours sur la condition des Grands", Œuvres complètes, op. cit., pp. 616-617.

(71). On va donc, essentiellement ici, faire œuvre pédagogique en adaptant le droit romain et les travaux de ses deux grands continuateurs : Domat et Pothier (72). La conséquence est que le principe de liberté contractuelle sera tempéré par l'idée d'"un civisme contractuel" (73). L'article 1134 dans son alinéa 1 stipule à cet égard : "les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites". Le principe dit d'autonomie de la volonté est patent, mais en affirmant, au travers de l'expression "légalement formées", que cette volonté faite loi doit elle-même se plier à la loi, le Code civil montre qu'il ne donne pas immédiatement vie juridique à toute expression de la liberté individuelle (74). On confie donc à l'appareil légal le soin de déterminer et de circonscrire "l'autonomie de la volonté". D'autant plus que sous le terme de "légalement" le Code civil vise aussi bien l'ordre public que les bonnes mœurs, l'ordre moral (75). Il faut se référer ici à l'article 6 du Code civil qui apporte une restriction de principe au droit naturel de contracter, influencé par un courant jansénisant puisqu'il ne fait que reprendre les théories de Domat et de Pothier sur la bonne foi, l'équité, la sincérité, l'honnêteté dans les contrats (76). Puisque la liberté contractuelle est un droit naturel, elle doit trouver sa sanction dans les bonnes mœurs. De même, lorsqu'elle devient droit positif, elle devra se conformer à l'ordre public (77). D'où ce caractère "moralisant" que l'on trouve à chaque détour du Code civil, dans la notion de tort à autrui, de réparation des fautes, ou encore dans la notion de cause licite (78). Là encore, les travaux du Code civil sont éloquentes lorsque plusieurs intervenants insistent sur l'idée que le droit n'est que l'analyse de ce qui est bon et équitable. Pour Portalis, "ce ne sont pas les conventions qui peuvent créer les idées du juste et de l'injuste. Ces idées sont dans la conscience de l'homme probe et éclairé" (79). Si le courant volontariste est donc présent, les motifs jansénisants tempèrent ce courant et aboutissent à des règles morales strictes.

En touchant, dans cette seconde partie, à l'édifice du Code civil, la propriété et la liberté, on s'aperçoit que ces droits revêtent un sens plus matérialiste qu'absolu, rejoignant ainsi sa vision pessimiste de la nature humaine, et sa vision empirique de la justice.

## CONCLUSION

Dans l'exposé final des motifs du projet du Code civil, Portalis pouvait affirmer : "citoyens, législateurs, vous touchez au terme de vos glorieux travaux. Qu'il sera consolant pour vous en retournant dans vos départements et vos familles, d'y être bénis par vos concitoyens, d'y jouir personnellement comme époux, comme père, de toutes les sages institutions que vous avez sanctionnées comme législateurs"

(71) Cf. notamment, P. Ourliac et J. De Malafosse, *Histoire du droit privé : les obligations*, P.U.F., Paris, 1957, p. 22.

(72) Cf. notre étude et sa bibliographie, M. Pena, "Les origines historiques de l'article 6 du Code civil", op. cit., pp. 499-519.

(73) Ibid., p. 504.

(74) M. Villey, "Leçons d'histoire de la philosophie du droit", op. cit., pp. 278-279.

(75) Article 6 du Code civil : "On ne peut déroger par des conventions particulières aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs".

(76) Cf. Pothier, *Droit des obligations*, n° 131, Domat, *Traité des lois*, IV, 2.

Cf. M. Pena, "Les origines historiques de l'article 6 du Code civil", op. cit., p. 513.

(77) Autrement dit : "le contrat des volontés formant le contrat ne crée pas plus d'énergie juridique que le doigt actionnant le commutateur ne crée l'énergie électrique : dans les deux cas, l'énergie vient d'ailleurs, et suppose tout un appareil, un réseau sans commune mesure avec la part relativement faible d'initiative et de pouvoir qui revient à l'individu", X. Martin, "Nature humaine et Code Napoléon", op. cit., p. 120.

(78) Cf. notamment articles 900, 1133, 1172, 1387 du Code civil.

(79) Fenet, "Recueil...", op. cit., t. IV, p. 16.

(80). Il y a là tout le paradoxe du Code civil. Il est l'aboutissement de l'esprit individualiste des Lumières. Mais cet esprit moderne est en même temps structuré dans des limites austères : celles imposées par l'alliance du jansénisme et des gens de loi dont Sainte Beuve a si éloquemment parlé (81). Dire cela n'est pas amoindrir les "lumières" du Code civil, mais simplement oser affirmer que ces "lumières" sont aussi faites de "ténèbres".

Après le courant libéral et individualiste qui a dominé toute l'interprétation du Code civil au XIXème siècle, on a, au XXème siècle, insisté en aval de cet individualisme sur les buts ou les fins du droit dessinant les contours d'un droit plus protecteur que strictement libéral (82). On peut se demander si aujourd'hui il ne conviendrait pas aussi de réfléchir, en amont de l'individualisme, sur le sens de celui-ci, notamment dans son rapport à la "contrainte sociale".

Le Code civil, sans le dire expressément, s'y est essayé en 1804. Peut-être faut-il en être pleinement conscient pour donner, à notre tour, un essai de réponse ou de renouvellement.

---

(80) Portalis, "Exposé des motifs du projet de loi relatif à la réunion des lois civiles en un seul corps de lois sous le titre de Code civil français", Présenté le 26 ventôse an XII, in "Écrits et Discours...", op. cit., p. 182.

(81) Ste Beuve, "Port-Royal", op. cit., t. 1, p. 16.

Cf. L'introduction remarquable de R. Taveneaux, in "Jansénisme et Politique" Classe de robe : les données sociologiques, op. cit., pp. 17-22.

(82) Cf. la synthèse de Léon Julliot De La Morandière, "L'ordre public en droit privé interne", in Études de droit civil à la mémoire de Henri Capitant, Librairie Édouard Duchemin, Paris, 1977.

R.R.J. 1992-3  
Pages 833 à 842

- VII -

**MÉTHODOLOGIE**



# LA PRÉPARATION DE LA THÈSE DANS LE CADRE D'UN «LABORATOIRE DE RECHERCHE JURIDIQUE» \*

## L'EXPÉRIENCE AIXOISE DU GROUPE D'ÉTUDES ET DE RECHERCHES SUR LA JUSTICE CONSTITUTIONNELLE

Par

Louis FAVOREU  
*Directeur du GERJC - (CNRS URA 1392)*  
*Président honoraire de l'Université d'Aix-Marseille III*

1 - On a toujours l'impression de découvrir quelque chose et d'innover ; et on s'aperçoit, ensuite, que la démarche ou l'orientation nouvelle avait déjà été expérimentée et suivie. Il en va ainsi pour la préparation des thèses dans le cadre d'un «laboratoire de recherches juridiques», comme le montrent les citations qui vont suivre.

En 1904, Joseph Delpech, professeur de droit constitutionnel à la Faculté de droit d'Aix a déjà fait une telle expérience que rapporte ainsi son doyen devant le Conseil de l'Université (1) :

«Ce qui distingue les Séminaires ou Salles de travail, c'est la collaboration plus complète du travail de l'élève avec celui du maître. Les élèves en doctorat, dont la culture est plus avancée, sont plus aptes à profiter d'exercices de cette nature. M. Delpech a voulu en faire l'essai, cette année, avec les six étudiants qui suivaient les cours destinés à la préparation du premier examen de doctorat politique. Hésitants tout d'abord, les élèves se sont fait inscrire l'un après l'autre à ces conférences purement facultatives. Ils ont vite compris tout l'intérêt qui s'attachait à cette communauté de vie scientifique, à cette direction donnée en vue des connaissances bibliographiques, des recherches de tous les documents nécessaires à l'étude approfondie d'un sujet. On trouve dans ce «laboratoire juridique» le moyen de

---

(\*) Le texte qui suit est la version actualisée et développée du rapport présenté au Colloque sur la thèse de droit organisé à la Faculté de droit de St Maur le 12/2/1991.

(1) Annales de la Faculté de droit d'Aix-en-Provence, 1905, pp. 27 et s.

préparer des monographies et des thèses, et je sais que, cette année, les élèves, réunis dans la Salle de travail, ont, en collaboration, traduit un ouvrage de droit constitutionnel américain [C. Mason, *Veto power*, Boston, 1890] qui sera utile à certains d'entre eux pour leur thèse de doctorat».

Et Joseph Delpech ajoute :

«La Salle de travail avait ainsi, dès son origine, affecté une utilité, sinon imprévue, du moins inessayée : elle était un *laboratoire, non d'enseignement, mais seulement de recherches*, où je tâche, par une préparation toujours méditée à l'avance, sauf certaines inspirations imprévues, de multiplier les moyens d'information et d'éviter les fouilles désorientées et stériles aux étudiants occupés à la préparation des thèses de droit constitutionnel dont ils ont accepté de moi le sujet».

2 - En fait, comme le souligne lui-même J. Delpech, sa tentative avait été inspirée par une initiative toulousaine prise l'année précédente mais «il était impossible de songer pour Aix à ce que la Faculté de droit de Toulouse a vu établir par l'initiative hardie et heureuse de M. le professeur Hauriou».

Et voici, en effet, ce que disait le doyen Hauriou dans un rapport fait au Conseil de l'Université le 22 décembre 1903 :

«... pour les étudiants, la Faculté de droit essaie maintenant d'organiser des travaux pratiques scientifiques... Le pivot de la combinaison est une salle de travail pour chaque conférence avec les livres appropriés, particulièrement des recueils de jurisprudence et des recueils de textes où puissent être faites des recherches. L'exercice le plus fécond paraît devoir être une recherche en commun entreprise par le professeur sous les yeux des étudiants, avec les instruments de travail de la salle. *Rien ne se rapproche plus, en effet, de l'expérience de laboratoire instituée sous la direction d'un chef de travaux*. Cette recherche en commun d'un point d'histoire ou d'une solution de jurisprudence est l'axe des travaux ; elle suscite, chemin faisant, des recherches accessoires confiées à chacun des étudiants et qui leur constituent un travail personnel intéressant».

On pourrait aussi citer des extraits de l'article de Maurice Hauriou intitulé «Création de salles de travail pour conférences et cours de doctorat à la Faculté de l'Université de Toulouse» (2) et notamment le passage reproduit par J. Delpech dans le texte précité, qui mérite largement un détour (3).

3 - Lorsque j'ai lancé l'expérience qu'il m'a été demandé d'exposer, je n'avais pas lu ce qu'écrivaient, au début du siècle, Maurice Hauriou et Joseph Delpech. Mais si je l'avais fait, cela m'eût conforté dans mon intention de faire cette tentative.

Certes, comme beaucoup d'étudiants en doctorat, j'ai bénéficié des services rendus par "les salles de travail", et des conférences ou séminaires qui s'y tenaient ; mais il ne s'agissait que de la préparation aux "diplômes d'études supérieures" et non à la thèse, celle-ci se préparant de manière individuelle et isolée.

J'ai été plutôt influencé par le fait, qu'en tant que président de deux universités pluridisciplinaires, j'avais eu l'occasion de voir fonctionner des laboratoires de physique, de chimie, de biologie ou même d'économétrie, et de constater que la recherche collective présentait de grands avantages.

(2) Revue internationale de l'enseignement, 15 juin 1901, T. LXI, p. 547-558.

(3) Annales précitées, p. 25 note 1.

Ayant mis sur pied par la suite et fait fonctionner successivement trois formations associées au CNRS (deux "Groupement d'intérêt scientifique" et une "unité de recherche associée"), à partir de centres de recherches universitaires, j'ai pu mesurer ces avantages en transposant l'organisation et les méthodes de travail — toutes proportions gardées — des laboratoires de sciences exactes à un laboratoire juridique. En outre, assurant depuis 1964 — à part une brève interruption — un enseignement en doctorat, et ayant fait soutenir une trentaine de thèses, j'ai tiré les leçons de cette expérience. Enfin, depuis quelques années, la politique des allocations de recherche menée par le ministère de la Recherche et les aides apportées par la Direction de la recherche du Ministère de l'Éducation nationale, ont sensiblement changé les données du problème.

Ceci me conduit à formuler un certain nombre d'observations et de réflexions qui seront articulées autour de deux thèmes :

- La finalité de la thèse et l'organisation de la formation par la recherche
- Les conditions auxquelles est subordonnée la mise en œuvre d'une telle méthode.

## I - LA FINALITÉ DE LA THÈSE ET L'ORGANISATION DE LA FORMATION PAR LA RECHERCHE

4 - A/ Le but de la thèse n'est plus uniquement de faire faire une recherche afin d'enrichir la connaissance du droit ou de couronner les études juridiques du candidat. Il est aussi, du moins dans le cadre d'un laboratoire de recherches, d'assurer une *formation par la recherche* en même temps qu'une formation à la recherche.

Certes, on objectera que tous les docteurs en droit n'ont pas vocation à entrer à l'Université ou au CNRS. C'est exact ; mais d'une part, les recrutements de maîtres de conférences seront nombreux au cours des prochaines années, et il manque souvent de candidats de valeur aux concours de recrutement de chargés de recherches ; d'autre part, la formation par la recherche sera, dans l'avenir, aussi prisée, sinon plus, qu'une formation technique intensive du type DESS et magister pour accéder aux carrières du secteur privé.

5 - Il est évident qu'une véritable formation par la recherche ne peut s'effectuer que dans le cadre d'un laboratoire et doit être organisée, après l'obtention du DEA, sur deux ou trois ans, en assurant un véritable encadrement.

6 - Le troisième cycle est désormais conçu comme un ensemble comportant une première année d'initiation à la recherche — le DEA — et deux ou trois années de préparation de la thèse. Cette préparation nécessite que soient mis en place des séminaires destinés aux doctorants : c'est ainsi qu'à Aix trois séminaires fonctionnent, depuis quelque temps, à l'intention des doctorants de droit privé, de droit public et de droit pénal et criminologie. Ces séminaires placés sous la responsabilité de directeurs de recherches (4) ont pour but de faciliter le travail de préparation des doctorants : ils peuvent avoir pour objet les méthodes de travail (bibliographie, rédaction, construction), des thèmes de fond, des rapports faits par les doctorants sur l'état d'avancement de leurs recherches.

(4) En 1991-92, le séminaire destiné aux doctorants de droit public est animé par moi-même, assisté du professeur J.Y. Chérot. Il a lieu au moins une fois par mois et regroupe une quinzaine de doctorants.

Depuis l'année 1991-92, est aussi organisé un séminaire de théorie et pensée juridiques, destiné à donner aux doctorants les structures et les instruments théoriques qui leur manquent souvent (5).

Enfin, l'initiation à la télématique juridique, déjà commencée en 1<sup>ere</sup> année (en DEA) est poursuivie (sous la direction d'un ingénieur d'études spécialiste de cette technique, et qui anime le Centre de télématique juridique) : l'utilisation des banques de données juridiques est aujourd'hui, en effet, une nécessité.

**7 - B/ La préparation de la thèse doit, en outre, avoir lieu au sein d'un laboratoire.**

8 - Les programmes de recherche du laboratoire fournissent tout d'abord le cadre conceptuel du travail qu'effectuera le doctorant : il choisira en effet un sujet de thèse s'insérant dans l'un de ces programmes, ce qui facilitera sa tâche car il bénéficiera des acquis et notamment des thèses déjà soutenues sur des sujets connexes, ainsi que des informations, discussions et controverses recueillies ou se déroulant dans le laboratoire.

C'est rejoindre ce que disait J. Delpech au début du siècle à propos du travail en commun qu'il tentait d'organiser au profit des étudiants en doctorat :

«... ils seraient traités, non plus comme auditeurs mais élèves associés dans un laboratoire de recherches à une œuvre d'information, et tous aidés par chacun dans l'aboutissement de travaux apparemment distincts mais dont la condition serait d'avoir des points de repère communs et de procéder de même vues d'ensemble...».

C'est exactement dans cet esprit que nous avons travaillé depuis le milieu des années soixante-dix : à partir des enseignements du colloque sur «le domaine de la loi et du règlement» (1977), il a été prévu un programme sur le système des sources dans la Constitution de 1958 et j'ai fait préparer une série de thèses sur les articles 34, 37, 38, 41, 46, 53, 54, 72, 73, 74 de la Constitution dont certaines sont achevées (6) et d'autres en voie d'achèvement ; de même, après le colloque de 1981 sur Les Cours constitutionnelles européennes, plusieurs thèses ont été préparées et soutenues dans le cadre d'un programme sur la justice constitutionnelle en droit comparé (7) ; ensuite, le programme sur la constitutionnalisation des branches du droit a servi de base et a été nourri par plusieurs thèses soutenues ou en

(5) Assuré par M. Otto Pfersmann, chargé de recherches au CNRS, il a le programme suivant : 1) L'approche analytique et normativiste ; 2) Le système juridique et le problème de la validité des normes de droit ; 3) La hiérarchie des normes ; 4) L'interprétation (à partir de textes de Kelsen, Searle, Hare, Raz, Dworkin, Merkl, Carré de Malberg, Hart, etc...).

(6) C. Merentier, L'article 38 de la Constitution de 1958 (1991) ; E. Oliva, L'article 41 de la Constitution de 1958 (1992) ; P. Gaia, Le Conseil constitutionnel et l'insertion des engagements internationaux dans l'ordre juridique interne (1991) ; C. Bacoyannis, Le principe constitutionnel de libre administration des collectivités locales (1989) ; A. Boyer, Le statut constitutionnel des territoires d'outre-mer et l'Etat unitaire. Contribution à l'étude des articles 74, 75, 76 de la Constitution du 4 octobre 1958 (1991).

En préparation : G. Saccone, L'article 37 alinéa 2 de la Constitution ; J.C. Car, Les lois organiques de l'article 46 de la Constitution de 1958 ; X. Labrot, La répartition des compétences entre la loi et le règlement en matière de sécurité sociale ; J. Tremeau, Incompétence négative du législateur et principe de réserve de la loi dans la jurisprudence constitutionnelle.

(7) J. Colom, La Cour suprême de l'île Maurice et le contrôle de constitutionnalité des textes fondamentaux de 1964 à 1984 (1989) ; J. Roth, Les établissements de radiodiffusion dans la jurisprudence constitutionnelle allemande (1992).

Et en préparation : Y. Moteki, La liberté de religion en droit français et en droit japonais ; Th. Di Manno, Contrôle de constitutionnalité et pouvoir d'appréciation discrétionnaire du législateur en France et en Italie.

préparation (8) ; enfin, la recherche sur la continuité constitutionnelle en France depuis 1789 est jalonnée par la soutenance de plusieurs thèses (9).

9 - Le laboratoire offre ensuite au doctorant les moyens nécessaires à sa recherche du moins lorsqu'il a le statut d'allocataire de recherche.

Sont mis à la disposition des doctorants :

- La documentation nécessaire à sa recherche soit par la bibliothèque spécialisée du laboratoire (laquelle peut faire l'acquisition des ouvrages nécessaires à la recherche), soit par l'interrogation des banques de données juridiques (Lexis, Jurisdata, etc...) soit, désormais, par l'utilisation des CD Rom (ou D.O.C.) tel celui par exemple sur la jurisprudence de la Cour de cassation.

- Un Macintosh afin de composer leur thèse, s'ils le désirent (s'ils n'ont pas la possibilité d'en acquérir un à titre personnel) : plusieurs doctorants utilisent cette faculté.

Les doctorants sont en outre associés à la préparation des colloques organisés par le laboratoire auxquels ils participent, et par ailleurs, peuvent être invités à assister aux manifestations scientifiques extérieures à l'Université d'Aix-Marseille III, dont le thème touche au sujet de leur thèse, avec prise en charge partielle ou totale de leurs frais de déplacement et d'hébergement par le laboratoire (ainsi qu'il en est pour leurs homologues rattachés à des laboratoires de physique, de chimie ou de biologie). Une telle prise en charge pourrait aussi se concevoir pour des déplacements nécessités par la consultation de documentation située dans telle ou telle ville (sur le modèle des sciences exactes).

Enfin, le laboratoire offre aussi la possibilité aux doctorants de publier leurs travaux (et en premier lieu leur thèse) soit qu'il dispose lui-même d'un service de composition (ce qui est le cas du GERJC) soit qu'il y ait un service commun à plusieurs laboratoires. Les doctorants vont alors pouvoir directement, après correction de leur thèse, confier leur travail de composition au service qui les mettra en page en vue du tirage par l'imprimeur. Ainsi la thèse qui est soutenue est presque immédiatement publiable.

## II - LES CONDITIONS AUXQUELLES EST SUBORDONNÉE LA MISE EN ŒUVRE D'UNE TELLE MÉTHODE

10 - Bien évidemment, la mise en œuvre d'une telle politique en matière de préparation de thèses de doctorat suppose qu'existent un certain nombre de moyens : il s'agit là, toutefois, d'une condition nécessaire mais non suffisante.

### A/ Les moyens : condition nécessaire mais non suffisante

11 - Le laboratoire doit disposer tout d'abord de *locaux*, car la méthode sus-exposée exige, comme nous le soulignerons ci-après, la présence des doctorants et des directeurs de recherche dans le laboratoire. En conséquence, les locaux doivent

(8) Th. Renoux, *Le Conseil constitutionnel et l'autorité judiciaire* (1982) ; M. Frangi, *L'apport du droit constitutionnel au droit des personnes et aux droits économiques individuels : contribution à l'étude de la constitutionnalisation du droit privé en France* (1990).

En préparation : G. Schmitter, *La constitutionnalisation du droit processuel*.

(9) R. Ghevontian, *L'élaboration de la Constitution de la Ve République* (1979) ; R. Debbasch, *Le principe révolutionnaire d'unité et d'indivisibilité de la République. Essai d'histoire politique* (1987) ; S. Caporal, *L'affirmation du principe d'égalité en France de 1789 à 1799* (1991).

comporter : une salle de documentation, une salle de réunion, des bureaux pour les directeurs de recherches et les chercheurs, un secrétariat.

Ceci est sans doute plus facile à obtenir en province qu'à Paris. Mais on notera que l'affectation de locaux propres à la recherche juridique et formant un ensemble spécifique est difficile à obtenir : ce serait pourtant tout à fait justifié.

12 - Le laboratoire ne peut fonctionner sans un personnel qualifié qui assure, en grande partie le succès de l'entreprise. Il y a quelques années, le ministre de l'Éducation nationale avait créé, dans un certain nombre de Facultés de droit, des emplois d'ITA c'est-à-dire d'ingénieurs, techniciens et administratifs de la recherche. Certaines de ces Facultés ont effectivement utilisé ces personnels dans des laboratoires et centres de recherches : ceci explique notamment que ces expériences telles que la nôtre aient pu être menées à bien. Malheureusement, cette politique de créations de postes n'a pas été poursuivie et le CNRS, même lorsqu'il reconnaît certaines équipes, leur affecte très rarement des ITA.

13 - Enfin, des crédits de fonctionnement et d'équipement doivent être attribués aux laboratoires afin de permettre une bonne préparation des thèses. Mais on dira qu'aujourd'hui, du fait d'un effort très substantiel du ministère de l'Éducation nationale, et de la possibilité d'obtenir des aides des collectivités territoriales, ce problème est beaucoup moins crucial que celui des locaux ou celui du personnel.

**B/ La disponibilité des doctorants et des directeurs de recherche : condition indispensable**

14 - Rien ne sert d'avoir les moyens s'il n'y a pas disponibilité des doctorants et des directeurs de recherche.

15 - On ne peut valablement soutenir qu'une bonne thèse ne peut être préparée en trois ou quatre ans : la plupart des agrégés, jusqu'aux années soixante-dix, ont élaboré et rédigé leurs thèses dans ce laps de temps. Mais ils avaient une disponibilité beaucoup plus grande pour la recherche du fait que leurs obligations d'enseignement étaient le plus souvent limitées, contrairement aux agrégatifs des années soixante-dix et quatre-vingt.

Avec les «allocataires de recherche» on tend à revenir à ce système dans la mesure où les allocataires-moniteurs ne peuvent être astreints qu'à assurer deux séances de TD par semaine en 1er cycle. Toutefois, comme les exigences de la recherche juridique se sont accrues, il apparaît que l'aide fournie par un laboratoire facilite grandement le respect du délai de trois ans.

16 - Mais la préparation d'une thèse dans le cadre d'un laboratoire ne peut se faire véritablement de manière efficace que si les directeurs de recherche sont également disponibles.

L'encadrement de la recherche nécessite un dialogue et un contact permanents avec les doctorants.

Autrefois, le doctorant pouvait ne rencontrer que trois ou quatre fois son directeur de recherches tout au long de sa préparation et jusqu'à la soutenance. Aujourd'hui, celui-ci doit être disponible aussi souvent que cela est souhaitable, surtout dans la phase terminale de la préparation. Cela suppose que les directeurs de recherche soient pratiquement présents chaque jour dans le laboratoire. Ils peuvent

eux-mêmes former une équipe et les doctorants peuvent s'adresser à tel ou tel d'entre eux pour un conseil, une orientation ou une information.

Bien évidemment, ceci a une incidence sur le statut du directeur de recherche. Il doit pouvoir n'assurer que le service minimum d'enseignement (ce qui n'exclut pas qu'il enseigne aussi en 1er cycle) ; mais cela suppose que le taux d'encadrement des disciplines juridiques progresse considérablement soit par réduction des effectifs d'étudiants soit par augmentation du nombre des enseignants.

\*  
\*       \*  
\*

17 - On s'interrogera sur les effets de la méthode ou démarche sus-exposée, méthode ou démarche qui est suivie dans d'autres facultés ou universités et on fera valoir peut-être que rien ne vaut la recherche individuelle.

À cela, il sera répondu que la recherche collective n'exclut nullement la recherche individuelle. Mais la question est de savoir si, compte tenu de la complexité grandissante des systèmes juridiques et de la nécessité, de plus en plus évidente, de procéder à des comparaisons et de connaître les systèmes étrangers, une recherche approfondie pourra longtemps être faite sans l'aide et les instruments du travail collectif.

Au demeurant, n'y avait-il pas de bons auteurs au début du siècle pour vanter les bienfaits du travail collectif ?



R.R.J. 1992-3  
Pages 843 à 858

- VIII -  
VARIÉTÉS



# ESSAI SUR LES ORIGINES DU COSTUME DES DOCTEURS AGRÉGÉS DES FACULTÉS DE DROIT (\*)

Par

Antoine LECA

*Professeur à la Faculté de Droit et de Science Politique d'Aix-Marseille III*

Le costume des docteurs agrégés des facultés de Droit, comme celui des gens de justice, est ancien et traditionnel. On le disait déjà sous le règne de Louis XIV (1).

Ses racines plongent en effet très loin dans l'histoire, avant même la fondation des premières universités au XIII<sup>ème</sup> siècle (I).

Ce costume fit l'objet d'une réglementation, qui évolua du XIII<sup>ème</sup> au XVIII<sup>ème</sup> siècle, jusqu'à ce que Napoléon généralise le type le plus répandu, au lendemain d'une Révolution qui avait cru devoir tout balayer (II).

\*\_\*\_\*\_\*

En premier lieu, l'antiquité du costume est remarquable, que l'on considère le port de la robe longue ou l'usage de la pourpre qui le caractérisent.

L'habit tout d'abord. C'est la robe talaire, qui descend presque jusqu'aux chevilles. Pourquoi une telle ampleur ? Parce que les vêtements longs ont traditionnellement été un symbole de dignité.

Sans remonter dans la nuit des temps, le costume romain, notamment la toge, était un costume long, et seules les classes aisées et élevées s'en revêtaient. En effet, aussi loin que l'on puisse remonter avec certitude, les paysans et les militaires ont toujours porté des vêtements courts (2), plus adaptés à leur travail quotidien. À l'époque des invasions germaniques, les toges disparurent avec la romanité et seuls les ecclésiastiques conservèrent un vêtement long, non point pour la vie de tous les jours, mais pour les célébrations liturgiques (3). En effet, si aucun détail vestimentaire ne distinguait alors les clercs des fidèles, les uns et les autres étaient

---

(\*) Conférence prononcée le 13 février 1992 à l'occasion de la remise solennelle des prix à la Faculté de Droit et de Science Politique d'Aix-en-Provence.

(1) J. Dauvillier, *"Histoire des costumes des gens de justice dans notre ancienne France"*, "Mélanges R. Aubenas", Faculté des Sciences Économiques de Montpellier, 1974, p. 229.

(2) F. Boucher, *"Histoire du costume en Occident de l'Antiquité à nos jours"*, Flammarion, 1983, p. 164.

(3) *Ibid*, p. 170.

habitué à ce que le prêtre soit paré d'un vêtement long pour la célébration de l'eucharistie. L'idée en est restée aujourd'hui, même après le concile de Vatican II.

Toujours est-il qu'à compter des invasions barbares, le port de vêtements courts fut à peu près universel chez les hommes pendant six siècles environ.

À compter des années 1140 (4), l'Occident redécouvrit les habits longs et flottants, jugés plus dignes et raffinés. Cette pratique, qui a certainement été influencée par l'Orient, venait d'Italie (5). En tous cas, en quelques années, l'usage s'introduisit pour les hommes dans les classes élevées de porter des robes longues, tout comme les femmes, qui en avaient jusque-là l'apanage à peu près exclusif (6).

Lorsque les premières universités sont apparues en Occident aux XII<sup>ème</sup>-XIII<sup>ème</sup> siècles, leurs membres ont tout naturellement arboré la robe longue, qui était alors d'usage généralisé dans la société de l'époque. Évidemment, ceci n'explique en rien son coloris.

\*.\*

Les robes que les hommes du bas Moyen-Age se plurent à porter étaient de couleur très variées. Mais la plupart avaient des implications (7) qui en interdisaient le port à des universitaires.

Le blanc et le vert étaient alors très utilisés. Mais le premier était trop commun et polyvalent, tandis que le second comportait une connotation fâcheuse, car il suggérait volontiers quelque chose de négatif : c'était la couleur de l'avarice car, disait-on, les avares ont le teint bilieux et verdâtre (8). C'était aussi celle du bonnet dont on coiffait le banqueroutier au pilori des halles (9), du chaperon des Cabochiens (10), la faction populaire du parti Bourguignon, qui s'empara de Paris en 1413 et, plus tard, celle de la calotte du galérien qui avait tenté de s'évader (11).

(4) *Ibid.*, p. 171.

(5) E. Glasson, "Les origines du costume de la magistrature", NRHD, t. VIII, p. 112.

(6) Si l'on met de côté quelques souverains, notamment carolingiens (*ibid.*, pp. 112-113).

Il est d'ailleurs rare dans l'histoire que le costume masculin ait autant ressemblé à celui des femmes qu'à cette époque. Il faudrait ajouter en effet que les hommes avaient alors les cheveux longs et le visage rasé, depuis que barbes et moustaches avaient disparus sous le règne de Philippe Auguste (*ibid.*, p. 115). L'Église condamna ce style vestimentaire efféminé, comme un symptôme du relâchement des mœurs (*ibid.*, p. 113). Mais elle ne l'enraya pas. La diffusion de la littérature courtoise, qui accordait une place croissante à la description des habits et des toilettes, répandit dans les couches élevées de la société un plus grand souci de paraître, lié à ce nouveau style vestimentaire (M. Pastoureau, "La vie quotidienne en France et en Angleterre au temps des chevaliers de la Table Ronde (XII<sup>ème</sup>-XIII<sup>ème</sup> siècles)", Hachette, 1976, p. 90). C'est d'ailleurs le XII<sup>ème</sup> siècle qui vit ce que l'on pourrait appeler aujourd'hui la naissance de la mode. Certes, depuis les invasions barbares le costume occidental s'était transformé, mais il s'agissait plus d'une lente évolution que d'une série de changements profonds. Et si l'on avait parfois connu des engouements passagers pour tel ou tel usage vestimentaire, c'était de façon sporadique et non pas fréquemment répétée, comme c'est le cas à partir de cette période.

(7) Sur l'histoire des couleurs, on peut utilement se reporter à A. G. Ott, "Étude sur les couleurs en vieux français", Paris, éd. E. Bouillon, 1899 et au multiples travaux de notre savant collègue M. Pastoureau : "Formes et couleurs du désordre : le jaune avec le vert", "Médiévales", 4, 1983, pp. 62-73 ; "Figures et couleurs, études sur la symbolique et la sensibilité médiévale", Paris, 1986 ; "Couleurs, images et symboles", Paris, 1989 ; "L'Église et la couleur des origines à la Réforme", B.E.C., t. 147, Paris, 1989, pp. 203-230 ; "Une histoire des couleurs est-elle possible ?", "Éthnologie française", 20, 1990, pp. 368-377 et "La couleur et l'historien", à paraître aux éditions du Seuil.

(8) A. G. Ott, "Étude sur les couleurs en vieux français", *op. cit.*, pp. 137-138.

(9) A. Dumas, "Histoire des obligations", Aix-en-Provence, 1971, p. 176 ; M. Lever, "Le spectre et la marotte. Histoire des fous de cour", Fayard, 1983, p. 59.

(10) Ils portèrent également le chaperon blanc des villes flamandes naguère révoltées contre leur comte (F. Autrand, "Charles VI", Fayard, Paris, 1986, pp. 471 sq.).

(11) M. Lever, *op. cit.*, p. 59.

Le bleu, généralement fade, compte tenu des techniques de coloration de l'époque, n'était pas très prisé (12). On raconte qu'à compter de 1254, de retour de sa croisade malheureuse en Égypte, Louis IX se signala par une piété et une simplicité qui marquèrent fortement ses contemporains. À partir de ce moment-là, dit-on, il ne porta plus que des robes de couleur bleue (ou noire) et renonça à l'hermine, ainsi qu'aux autres fourrures de prix (13). Bien involontairement, saint Louis n'en lança pas moins la mode du bleu et fit de celui-ci une couleur raffinée qui fut portée beaucoup plus qu'auparavant (14). Nombre de ses successeurs se plurent par la suite à revêtir un luxueux manteau bleu fleurdelisé, avec ornements d'hermine. Froissard nous parle ainsi de "la couronne bleue, la couronne de loyauté" (15). Mais on n'en était pas encore à cette réhabilitation lorsqu'apparurent les premières universités.

Le jaune, qu'on confondit longtemps avec l'or (16), ne s'utilisait jamais que pour agrémenter un fond de couleur différente (17). Lorsqu'il se distingua de l'or, il acquit assez vite une connotation négative, due en grande partie aux influences maléfiques que l'on attribuait au safran, qui permettait de jaunir les textiles. La rouelle, c'est-à-dire le petit morceau d'étoffe en forme de roue dont saint Louis prescrivit le port aux Juifs, au lendemain des conciles du Latran (1215) et d'Arles (1254), était de couleur jaune (18), en raison de la perfidie (19) qu'on prêtait aux enfants d'Israël. En 1300, le turban que les Arabes imposèrent aux Juifs avait une couleur identique (20). Les aiguillettes à la couleur tranchante, que les prostituées devaient porter, pour être distinguées des femmes honnêtes (21), étaient jaunes dans plusieurs villes, ou du moins étaient portées sur une étoffe de drap jaune, notamment à Amiens et Besançon à la fin du XV<sup>ème</sup> siècle (22). L'habit des fous, dont on disait ironiquement qu'ils n'avaient pas besoin de safran, était bariolé de jaune (23). C'était également la couleur des laquais (24) et souvent des bourreaux (25). Les condamnés à morts pour hérésie allaient au supplice revêtus du "san-benito", sorte de casque jaune (26). La maison du criminel de lèse-majesté voyait sa porte barbouillée de cette couleur d'infâmie (27). On disait naguère d'une femme infidèle qu'elle accommodait son mari au safran (28) et il en est resté quelque chose

(12) M. Pastoureau, *"La vie quotidienne en France et en Angleterre au temps des chevaliers de la Table Ronde (XII<sup>ème</sup>-XIII<sup>ème</sup> siècles)"*, op. cit., p. 94.

(13) E. Faral, *"La vie quotidienne au temps de saint Louis"*, Hachette, 1942, p. 179 ; Y. Deslandres, *"Le costume de saint Louis"*, in *"VII<sup>ème</sup> Centenaire de la mort de saint Louis"*, Paris, Belles Lettres, 1976, pp. 105-115.

(14) M. Pastoureau, *"La vie quotidienne en France et en Angleterre au temps des chevaliers de la Table Ronde (XII<sup>ème</sup>-XIII<sup>ème</sup> siècles)"*, op. cit., p. 94.

(15) A. G. Ott, *"Étude sur les couleurs en vieux français"*, op. cit., p. 97.

(16) Ibid., pp. 72-73.

(17) M. Pastoureau, op. cit., p. 94.

(18) N. Delamare, *"Traité de la Police"*, tome I, Amsterdam, 1729, liv. II, tit. III, chap. II. La rouelle était blanche et rouge à Besançon (Ch. Commeaux, *"La vie quotidienne en Bourgogne au temps des ducs Valois (1364-1477)"*, Hachette, 1979, p. 188). En Sicile, lorsque son port fut imposé par Frédéric II, en 1224, elle était rouge (M. Gaudioso, *"La comunita ebraica di Catania nei secoli XIV-XV"*, Catane, 1974, p. 80).

(19) Sur cette signification du jaune, Cf. A. G. Ott, *"Étude sur les couleurs en vieux français"*, op. cit., pp. 83 à 85.

(20) Blanc pour les chrétiens (F. Boucher, *"Histoire du costume en Occident de l'Antiquité à nos jours"*, op. cit., p. 189).

(21) J. Rossiaud, *"La prostitution médiévale"*, Champs, Flammarion 1988, p. 69.

(22) M. Beaulieu, *"Le costume, miroir des mentalités de la France médiévale (1350-1500)"*, "Mélanges offerts à J. Dauvilliers", Toulouse, 1979, p. 80.

(23) Et de vert (M. Lever, *"Le sceptre et la marotte, Histoire des fous de cour"*, op. cit., p. 57).

(24) Ibid, p. 57.

(25) Ibid, p. 58.

(26) Ibid, p. 58.

(27) Ibid, p. 58.

(28) Ibid, p. 57.

aujourd'hui, puisque le jaune demeure la couleur des maris trompés et également celle des briseurs de grève dans le monde ouvrier (29).

Le gris, le noir et le brun étaient réservés aux vêtements ordinaires (30). C'est d'ailleurs la raison pour laquelle ils avaient été délibérément choisis par la plupart des ordres monastiques, à de rares exceptions près (31), comme les Chartreux, les Dominicains et plus tard les Célestins, vêtus de robes blanches (32). Les Vallombrosains avaient une robe grise, les Frères de la charité, une robe beige (33). Le chapitre général des cisterciens de 1181 décida quant à lui de bannir complétement les draps teintés (34) par souci de simplicité. Dans une perspective à peine différente, le couturier d'Eynsham dispose que les moines devront porter des vêtements vils et noirs, afin de montrer qu'ils se considèrent eux-mêmes comme de vils pécheurs (35).

S'agissant du noir, il faut noter qu'il n'avait pas alors la connotation funèbre qui est aujourd'hui la sienne, malgré quelques références éparées (36). Certes, de tous temps, les deuils ont été volontiers marqués par l'adoption de vêtements sombres et sans ornements, mais il ne semble pas que ceci ait été obligatoire (37) et que des règles très strictes se soient établies avant le XVIème et surtout le XVIIème siècle (38). Au XIIème siècle, Baudry, abbé de Bourgueil, signalait ainsi comme une curiosité que les Espagnols s'habillaient de noir à la mort de leurs proches (39). Ce n'est qu'au début du XIIIème siècle que l'Église tendit à réserver le noir à la liturgie funèbre (40). Mais tout au long du Moyen-Age, l'épouse du roi a toujours pris en blanc le deuil de celui-ci (41), d'où l'appellation de "reines blanches" qui désigne les reines veuves et, dans l'ensemble, le deuil traditionnel pour les rois de France était plutôt le violet (42), jusqu'à ce que ceux-ci décident de ne plus jamais le porter, au motif qu'en France "le roi ne meurt jamais" (43).

Reste donc le plus apprécié (44) de tous ces coloris, le rouge, la couleur par excellence (45). Très tôt elle fut considérée comme le symbole de l'indépendance et

(29) "Petit Larousse", éd. 1980, p. 507.

(30) E. Glasson, "Les origines du costume de la magistrature", NRHD, t. VIII, p. 113.

(31) Parmi les couleurs inhabituelles, on peut citer le bleu des franciscains d'Amérique latine (plusieurs fois interdit par les chapitres généraux de l'ordre !), le rouge proposé par les statuts de Goderic, abbé de Réome (1240) et le vert des apostolins au XVème siècle (L. Moulin, "La vie quotidienne des religieux au Moyen-Age (Xème-XVème siècle)", Hachette, 1978, p. 143).

(32) F. Boucher, "Histoire du costume en Occident de l'Antiquité à nos jours", op. cit., p. 187.

(33) L. Moulin, "La vie quotidienne des religieux au Moyen-Age", op. cit., p. 138.

(34) *Ibid.*, p. 134. La diversité réapparaissait toutefois dans d'autres détails, notamment les ceintures de cuir chez les Dominicains, de corde brute chez les Franciscains (d'où l'appellation de cordeliers), de lin ou de cuir de cerf chez les Bénédictins de Bursfeld, de corde blanche chez les Capucins, de cuir noir chez les Trinitaires (*ibid.*, pp. 136 à 142).

(35) *Ibid.*, p. 132. Sur cette signification du noir, Cf. A. G. Ott, "Étude sur les couleurs en vieux français", Paris, éd. E. Bouillon 1899, p. 23.

(36) *Ibid.*, p. 24.

(37) Ph. Aries, "L'homme devant la mort", Seuil, 1977, p. 164.

(38) M. Feydeau, "Le deuil au Moyen-Age", "Annales Archéologiques", XIII, 1853 ; F. Boucher, "Histoire du costume en Occident de l'Antiquité à nos jours", op. cit., p. 286.

(39) Ph. Aries, "L'homme devant la mort", op. cit., p. 164.

(40) "New Catholic Encyclopedia", New-York, 1967, t. 3, p. 1034.

(41) Anne de Bretagne fut la première à porter en noir le deuil de Charles VIII en 1498 (F. Boucher, op. cit., p. 286).

(42) *Ibid.*, p. 286. Toutefois, à la mort de sa femme, Louis XII se revêtit de noir... bien qu'il n'y ait pas recouru aux funérailles de Louis XI (R.E. Giesey, "Le Roi ne meurt jamais", Flammarion, Paris, 1987, p. 82). Après lui, il ne semble pas que le noir ait été repris (*ibid.*, p. 22).

(43) L'Empereur byzantin et, il semble aussi, le pape ne prenaient pas non plus le deuil (E. Kantorowicz, "Les deux corps du Roi", Gallimard, Paris, 1989, p. 541, n. 376).

(44) A. G. Ott, "Étude sur les couleurs en vieux français", op. cit., p. 135.

(45) M. Pastoureau, "La vie quotidienne en France et en Angleterre au temps des chevaliers de la Table Ronde (XIIème-XIIIème siècles)", op. cit., p. 94.

de la souveraineté. Alexandre portait une chlamyde, un manteau long (s'arrêtant au genou), fait de laine écarlate (46). Dans la Rome républicaine, la pourpre nous apparaît comme le symbole de la puissance publique. Aussi bien son emploi était-il strictement limité (47) : c'est ainsi que la toge prétexte, empruntée aux Étrusques (48), qui se caractérisait par une bande écarlate tissée dans l'étoffe du vêtement (49), était le monopole des magistratures curules et du sacerdoce. Sous l'Empire, l'Empereur était vêtu de rouge vif (50). Par un édit de 333, Constantin décida d'ailleurs de réserver à la cour les étoffes pourpres (51). À Byzance, les Empereurs héritèrent de la chlamyde écarlate et imposèrent aux rois tributaires une chlamyde blanche (52), afin de marquer leur infériorité. Plus tard, les rois francs empruntèrent aux Empereurs d'Orient leur manteau long écarlate. Des images d'époque figurent d'ailleurs Lothaire et Charles le Chauve vêtus d'une chlamyde pourpre (53). Les nobles, quant à eux, portaient volontiers un costume d'apparat, comprenant notamment une tunique pourpre, mais celle-ci se distinguait radicalement de la chlamyde, car c'était un vêtement court (54).

\*.\*

La robe talaire de pourpre apparut donc de la rencontre entre ce vêtement long et cette couleur de prestige, pour acquérir tout de suite un tel symbolisme que les États princiers réglementèrent très strictement son port.

En Italie, où aucune monarchie puissante ne put unir la péninsule, les robes écarlates ornées de fourrure d'hermine ou de vair étaient exclusivement portées par la noblesse, comme signe de liberté et d'indépendance (55). À Venise, le doge se revêtait d'une robe pourpre et d'un bonnet de même couleur, orné de bandes d'hermine. Les sénateurs vénitiens avaient également le droit de porter la robe écarlate (56).

En France, où un pouvoir royal fort a émergé dès le règne de Philippe-Auguste (1180-1225), dans l'ensemble (57), la noblesse n'a pas adopté la couleur écarlate car, très tôt, cette couleur fut réservée au Roi. Celui-ci paraissait volontiers avec une robe rouge et un manteau d'hermine (58). La bannière royale, bénie à Reims sous Charles V, était d'ailleurs de couleur écarlate (59). Ce n'est que plus tard, à compter du XV<sup>ème</sup> siècle, qu'elle devint bleue fleurdelisée. Quant au drapeau blanc, il n'apparaît guère avant les guerres de Vendée (60). Avec la permission du Roi, quelques uns de ses magistrats se revêtirent également de pourpre (61). En effet,

(46) F. Boucher, "Histoire du costume en Occident de l'Antiquité à nos jours", *op. cit.*, p. 110.

(47) Y. Deslandres, "Le costume, image de l'homme", Paris, Albin Michel, 1976, p. 218 ; A. Garapon, "L'âne portant des reliques. Essai sur le rituel judiciaire", Le Centurion, Paris, 1985, p. 69.

(48) F. Boucher, *op. cit.*, p. 458.

(49) *Ibid.*, p. 120.

(50) J. Gaudemet, "Institutions de l'Antiquité", 2<sup>ème</sup> édition, Sirey, 1982, p. 669.

(51) F. Boucher, *op. cit.*, p. 147.

(52) *Ibid.*, p. 150.

(53) J. Dauvillier, "Histoire des costumes des gens de justice dans notre ancienne France", *op. cit.*, p. 230.

(54) F. Boucher, *op. cit.*, p. 159.

(55) E. Glasson, "Les origines du costume de la magistrature", *op. cit.*, pp. 113-114.

(56) *Ibid.*, p. 114.

(57) Le vieux fabliau du "Chevalier à la robe vermeille" nous indique tout de même que la chevalerie a su s'en parer (A. G. Ott, "Étude sur les couleurs en vieux français", *op. cit.*, p. 130).

(58) E. Glasson, "Les origines du costume de la magistrature", *op. cit.*, p. 115.

(59) *Ibid.*, p. 115 ; J. Dauvillier, "Histoire des costumes des gens de justice dans notre ancienne France", *op. cit.*, p. 230.

(60) Voir toutefois C. Beaune, "Naissance de la nation France", Gallimard, 1985, p. 344.

(61) E. Glasson, "Les origines du costume de la magistrature", *op. cit.*, p. 115.

c'était un usage pour le souverain, comme pour les seigneurs, de distribuer des costumes à ceux qui le servaient et qui étaient dits, selon une expression très révélatrice, "aux robes du Roi" (62). Le Chancelier, chef de la justice, et les magistrats de son Parlement se parurent ainsi avec sa permission. Comme l'écrivit plus tard La Roche-Flavin, les Rois ont communiqué au Parlement leurs habits royaux, la robe écarlate, le manteau royal doublé d'hermine ou de vair et le mortier. Ils n'ont gardé en propre que la couronne et le sceptre (63). Pourquoi n'avoir doté de robes rouges que le chancelier et les magistrats, parmi tous leurs officiers ? De toute évidence parce qu'à une époque où le Roi était d'abord un juge -et pas un législateur- leur fonction était la plus régaliennne de toutes et il fallait que leurs jugements soient considérés comme ceux du Roi lui-même ou du moins dotés d'une autorité égale. Tel était certainement le sens profond de la pourpre. Notons au passage que le costume des magistrats a donc une origine royale, à la différence, nous allons le voir, de celui des universitaires (64).

Quelques princes féodaux cherchèrent bien à s'approprier cette couleur symbolique. Mais le phénomène demeura limité. On ne peut guère citer avec certitude que le duc François I<sup>er</sup> de Bretagne qui se fit représenter couvert d'un manteau rouge bordé d'hermine et plusieurs comtes du règne de Charles VII, qui portèrent aussi sur leurs épaules un court manteau d'écarlate avec ornements d'hermine (65). Il se trouva même des roturiers pour se parer de rouge. Mais la royauté réagit très vite. Une ordonnance de 1294 l'interdit aux bourgeois, comme d'ailleurs le port de l'hermine (66).

La pourpre aurait pu demeurer un symbole purement princier. L'Église ne l'entendit pas ainsi. Soucieuse de christianiser la société, elle opposa très tôt l'autorité des prêtres à celle des rois, au motif que ceux-ci tenaient de ceux-là les clefs du salut (67). Saint Ambroise disait ainsi à Théodose que "la pourpre fait l'empereur et non pas les prêtres qui ont une dignité plus haute" (68). À défaut d'avoir pu imposer cette soumission, et toujours afin de faire contrepoids au pouvoir séculier, elle choisit de reprendre à son compte la symbolique de la pourpre qu'elle avait jadis rejetée, à l'époque de Gélase (69). Les Papes se revêtirent désormais d'une

(62) J. Dauvillier, "*Histoire des costumes des gens de justice dans notre ancienne France*", *op. cit.*, p. 230.

(63) La Roche Flavin, "*Treize livres des Parlements de France*", Liv. X, chap. 24-25, éd. Genève, 1621 ; M. Rousselet, "*Histoire de la magistrature française*", Paris, Plon, 1957, t. I, p. 325 ; J. Dauvillier, "*Histoire des costumes des gens de justice dans notre ancienne France*", *op. cit.*, p. 230.

(64) *Ibid.*, p. 229.

(65) E. Glasson, "*Les origines du costume de la magistrature*", *op. cit.*, p. 115.

(66) Ch. Desmaze, "*Trésor judiciaire de la France. Curiosité des anciennes justices*", Paris, Plon, 1867, p. 207 ; E. Faral, "*La vie quotidienne au temps de saint Louis*", Hachette, 1942, p. 182.

(67) Gelasius, "*De anthemis vinculo*", éd. Migne, Patr. lat., t. 59, p. 109 : "Il y a deux organismes par lesquels ce monde est souverainement gouverné : l'autorité sacrée des pontifes et le pouvoir royal. Mais la puissance des prêtres est d'autant plus lourde qu'ils devront au jugement dernier, rendre compte au Seigneur des rois eux-mêmes. En effet, tu le sais, fils très clément (l'empereur Anastase), bien que tu commandes le genre humain par ta dignité, tu baisses cependant la tête avec respect devant les prélats des choses divines ; tu attends d'eux, en recevant les sacrements célestes, les moyens de ton salut et tout en disposant d'eux, tu sais qu'il faut être soumis à l'ordre religieux plutôt que de le diriger. Tu sais aussi, entre autres choses, que tu dépends de leur jugement et qu'il ne te faut pas chercher à les réduire à ta volonté. C'est soutenu par de telles institutions et de telles autorités que les pontifes ont excommunié des rois et des empereurs".

(68) Ph. de Mézières, "*Le Songe du Vieil Pèlerin*", (1389), éd. Coopland, vol. II, Cambridge, 1969, p. 264.

(69) Gelasius, "*De anthemis vinculo*", *op. cit.*, pp. 108-109 : "Avant le Christ, par une sorte de préfiguration du Sauveur, il s'est trouvé pour présider aux destinées charnelles, des rois qui furent en même temps des prêtres, tels Melchisédech dont l'histoire sacrée nous a transmis la figure. Le démon, de son côté, a imité cet exemple, dans son souci perpétuel de tourner au profit de sa domination tyrannique le culte que l'humanité rend à son Dieu ; et les empereurs païens ont réuni sur leur tête la couronne des Césars et le bandeau des pontifes. Mais depuis l'avènement de Celui qui, seul, aurait pu

chape rouge ("cappa rubea"), qu'ils communiquèrent même aux cardinaux vers les XIIIème-XVIème siècles (70). Ceux-ci l'ont d'ailleurs conservée jusqu'à nos jours.

L'antiquité de la robe longue de couleur pourpre nous a bien éloigné des universités. Il est temps maintenant d'y revenir en envisageant, en second lieu, la réglementation du costume universitaire depuis ses origines

\*\_\*\_\*\_\*

Dans ses efforts pour christianiser la société, L'Église attacha une importance considérable à l'enseignement. Depuis Charlemagne, il existait en France des écoles épiscopales et monastiques. Au XIIIème siècle, la Papauté y adjoignit ce qui allaient très vite devenir les universités, qui, pendant longtemps, furent toutes des institutions d'Église (71), exemptes de l'autorité et de la juridiction royale. Elles entretenaient leur propre police. Professeurs et étudiants étaient même exonérés d'impôts. Ils bénéficiaient en effet du statut ecclésiastique : c'est la raison pour laquelle, ils portaient la robe noire, étaient tonsurés et astreints au célibat (72). Il en reste quelque chose aujourd'hui avec le large bandeau vertical que porte le costume des professeurs et qui figure la soutane portée jadis sous la robe d'apparat.

Lorsque celle-ci apparut pour la première fois elle fut écarlate. Les premiers "legis doctores", les illustres maîtres de l'école de Bologne, à commencer par Irnérius (m. 1125), sont toujours représentés en robe longue de couleur rouge vif. Ces obstinés défenseurs des droits de l'Empereur sont à l'origine de la résurrection du concept de souveraineté. "Les Pandectes étaient leur Bible, leur Évangile. Rien ne les troublait dès qu'ils pouvaient répondre à tort ou à droit : Scriptum est.... Avec des textes, des citations, ils démolirent le Moyen-Age" (73). Ces légistes durent certainement à la générosité de l'Empereur de se voir parer de pourpre. Une anecdote nous le suggère : en 1158, Frédéric I<sup>er</sup> demanda à deux de ses docteurs s'il était bien "dominus mundi" (seigneur du monde). Bulgarus répondit par l'affirmative et Martinus surenchérit en rappelant la maxime figurant au Code (74) : "omnia principis etiam quoda proprietatem" (tout appartient aussi au prince). L'Empereur enchanté -et qui n'en demandait sans doute pas autant- donna sur le champ son palefroi, son cheval de parade, à Martinus (75). Du don du cheval impérial à celui de la robe écarlate, il n'y a qu'un pas, qui aurait bien été dans l'esprit de l'époque. En tous cas, il semble bien que cette première utilisation de la pourpre chez les universitaires ait été isolée. Au XIIIème siècle, sauf peut-être chez les docteurs en droit de la péninsule, dans toutes les universités de la chrétienté, la tenue d'apparat

---

se dire à la fois vrai roi et prêtre, il n'appartient plus à aucun empereur de prendre le titre de pontife, et à aucun pontife de revendiquer la pourpre royale... Le Christ, en effet, conscient de la fragilité humaine, a voulu que les autorités chargées de pourvoir au salut des fidèles, fussent équilibrées dans une prudente ordonnance. Il a donc distingué les devoirs de chaque puissance. Il leur a assigné à chacune leur rôle propre et leur dignité spéciale... Qu'aucune ne passe les bornes de son domaine, que chacun se tienne avec modestie à son rôle. Et de la sorte nul ne songera à étouffer l'autre. Dans chaque sphère ce sera le plus compétent qui exercera son action dans l'ordre".

(70) R.E. Giesey, "Le Roi ne meurt jamais", *op. cit.*, p. 95, n. 20.

(71) Parmi les 44 universités européennes fondées avant 1400, 31 ont des lettres d'érection pontificale (J. Chélini, "Histoire religieuse de l'Occident médiéval", Armand Colin, Paris, 1968, p. 349).

(72) *Ibid.*, pp. 350-351.

(73) J. Michelet, "Histoire de France", éd. Paris, 1879, pp. 272-273.

(74) C., VII, 37, 3.

(75) J. Brissaud, "Manuel élémentaire d'histoire du droit français", Paris, 1903, p. 201 ; J. Declareuil, "Histoire générale du droit français des origines à 1789", Paris, 1925, p. 429 ; H. Morel, "L'absolutisme français procède-t-il du droit romain ?", "Mélanges H. Morel", P.U.A.M., Aix-en-Provence, 1989, p. 529.

des maîtres ne comportait qu'une chape, sorte de cloche fermée, munie de fentes sur les côtés, ample et sans manches, de couleur sombre.

À l'Université de Paris, fondée par L'Église en 1215, les règlements qui s'attachent à préciser les conditions d'une tenue correcte pour les maîtres, comme pour les élèves, ne font pas état d'une robe écarlate : de 1215 à 1274, il était prescrit aux maîtres de porter une chape de couleur noire (76). Les raisons n'en sont pas parfaitement claires. Il est possible que les maîtres parisiens n'aient pas voulu de la majesté de la pourpre. Après tout, ils étaient presque tous issus de deux ordres mendiants, les Franciscains (comme Alexandre de Halès, Duns Scot et saint Bonaventure) et les Dominicains (comme Albert le Grand et saint Thomas d'Aquin) et les Frères préféraient porter l'habit de leur ordre (77) Peut-être aussi, le refus de la pourpre vint-il d'en haut, du Pape ou du Roi. En France la robe doctorale écarlate, venue avec le droit romain de l'autre côté des Alpes, a pu susciter la méfiance des Capétiens. L'illustration la plus connue de celle-ci est certainement l'interdiction faite en 1219 aux maîtres parisiens d'enseigner le droit écrit, perçu comme un instrument de l'hégémonie impériale.

\*.\*

Dans le milieu du XIV<sup>ème</sup> siècle, la robe longue des docteurs prit une signification plus forte. En effet, autour de 1340 (78), les vêtements longs furent abandonnés par la noblesse et la bourgeoisie : à la longue tunique, on substitua, sous le nom de jaquette, une étroite camisole qui n'atteignait pas les genoux (79). Quoiqu'on ait parfois prétendu que la mode nouvelle était d'abord apparue dans le royaume d'Aragon, il semble bien que ce soit une invention française et même parisienne, née parmi les courtisans et les jeunes élégants du temps de Philippe VI (80). Cet habit court souleva les protestations du clergé. D'ailleurs, le chroniqueur royal de l'abbaye de Saint-Denis ne dissimule pas son indignation : "Grand estoit aussi la deshonesteté des habits qui couraient par le royaume, car les uns avoient robes si courtes qu'elles ne leur venoient qu'aux fesses" (81). Plusieurs textes attribuent même au port du vêtement court la dégénérescence de la noblesse française et son écrasante défaite lors des batailles de Crecy (82) et de Poitiers (83).

En tous cas, au moment où nobles et bourgeois renonçaient à l'ancien costume ample et long, les ecclésiastiques (84), les docteurs des universités, les magistrats et quelques administrateurs de haut rang conservèrent leur ancienne robe. C'est à partir de cette époque que celle-ci devint le costume propre à certaines personnes de qualité : "les gens de robe longue" (85), dont la différenciation avec les autres était profonde. C'est ainsi que les médecins et chirurgiens, qui portaient une

(76) F. Boucher, *"Histoire du costume en Occident de l'Antiquité à nos jours"*, op. cit., p. 186.

(77) J. Chélini, *"Histoire religieuse de l'Occident médiéval"*, op. cit., p. 350.

(78) Ph. Contamine, *"La vie quotidienne pendant la guerre de Cent Ans"*, Hachette, 1976, p. 203.

(79) E. Glasson, *"Les origines du costume de la magistrature"*, op. cit., p. 116.

(80) Ph. Contamine, *"La vie quotidienne pendant la guerre de Cent Ans"*, op. cit., p. 203.

(81) E. Glasson, *"Les origines du costume de la magistrature"*, op. cit., p. 116.

(82) J.-C. Bologne, *"Histoire de la pudeur"*, Olivier Orban, 1986, p. 59.

(83) Ph. Contamine, *"La vie quotidienne pendant la guerre de Cent Ans"*, op. cit., p. 203.

(84) Il fallut leur interdire de se mettre à la mode. Le concile de Sens de 1460 leur interdit ainsi les vêtements trop courts (J.-C. Bologne, *"Histoire de la pudeur"*, Olivier Orban 1986, p. 59).

(85) E. Glasson, *"Les origines du costume de la magistrature"*, op. cit., p. 116.

robe ample, tenaient à être distingués des barbiers qui avaient "le droit de panser les coups, bosses... et plaies non mortelles" (86), mais portaient la robe courte (87).

\*.\*

Les couleurs variaient suivant les différents groupes.

S'agissant de la magistrature, le Parlement de Paris paraît avoir toujours porté la robe rouge (88). Il en fut de même de celui de Toulouse dès sa première tenue en 1288 (89). En Bourgogne, les parlementaires avaient des robes rouges, les magistrats de la Chambre des Comptes (90) et les échevins (91), des robes noires. Les robes rouges furent ensuite reconnues aux membres des autres Parlements, au fur et à mesure de leur constitution ou de leur reconnaissance par le pouvoir royal (92). Comme en France "la couronne et la justice de meurent jamais", lors des funérailles royales, les gens du Parlement conservaient leurs robes rouges (93). Les juges subalternes se revêtirent d'autres couleurs. À Paris, au temps de Charles V, les membres des juridictions inférieures portaient ainsi une robe lie de vin (94), mais la couleur et la forme de leur costume a beaucoup varié d'un tribunal et d'une région à l'autre (95), car à la différence des Parlements, aucune règle n'a jamais fixé leur habit, à l'époque médiévale (96). Dans le silence des textes, les magistrats de nombre de juridictions inférieures essayèrent parfois de revêtir la robe pourpre (97). Les avocats eux-mêmes s'en parèrent parfois, notamment les avocats au Parlement de Paris (98). Mais ces tentatives restèrent limitées.

S'agissant des universitaires, L'Église leur prescrit de préférer les couleurs sombres et effacées. Nombre de peintures les représentent d'ailleurs vêtus de robes grises, bleu passé ou vert foncé (99).

Ainsi en Espagne, le corps professoral portait des toques et des robes noires, garnies de dentelles blanches et couvertes d'un camail dont la couleur distinguait les diverses facultés : rouge pour les juristes, blanc pour les théologiens, jaune pour les médecins, vert pour les canonistes (100). On rencontre un système très proche au Portugal et dans le Midi de l'hexagone (101).

(86) Ch. Desmaze, "Trésor judiciaire de la France. Curiosité des anciennes justices", *op. cit.*, p. 123.

(87) F. Boucher, "Histoire du costume en Occident de l'Antiquité à nos jours", *op. cit.*, p. 185 ; J.-C. Bologne, "Histoire de la pudeur", Olivier Orban, 1986, p. 92.

(88) E. Glasson, "Les origines du costume de la magistrature", *op. cit.*, p. 118.

(89) *Ibid.*, p. 120 ; J. Dauvillier, "Histoire des costumes des gens de la justice dans notre ancienne France", *op. cit.*, p. 231.

(90) Ch. Commeaux, "La vie quotidienne en Bourgogne au temps des ducs Valois (1364-1477)", Hachette, 1979, p. 231.

(91) R.E. Giesey, "Le Roi ne meurt jamais", *op. cit.*, p. 100.

(92) J. Dauvillier, "Histoire des costumes des gens de justice dans notre ancienne France", *op. cit.*, p. 231.

(93) R.E. Giesey, "Le Roi ne meurt jamais", *op. cit.*, p. 100.

(94) E. Glasson, "Les origines du costume de la magistrature", *op. cit.*, p. 117.

(95) J. Dauvillier, "Histoire des costumes des gens de justice dans notre ancienne France", *op. cit.*, p. 229.

(96) *Ibid.*, p. 231.

(97) Encore en 1501, lors de "l'entrée joyeuse de la Reyne en la ville de Paris", les "jurées de pelleterie, mercerie, draperie, orphècricie, épicerie" désignèrent des représentants venus l'accueillir "vestus d'escarlate" (Ch. Desmaze, "Trésor judiciaire de la France. Curiosité des anciennes justices", *op. cit.*, p. 211).

(98) J. Dauvillier, "Histoire des costumes des gens de justice dans notre ancienne France", *op. cit.*, p. 117.

(99) E. Glasson, "Les origines du costume de la magistrature", *op. cit.*, p. 117.

(100) M. Defourneaux, "La vie quotidienne en Espagne au Siècle d'Or", Hachette, 1964, p. 194.

(101) J. Dauvillier, "Origine et histoire des costumes universitaires français", "Annales de la Faculté de Droit de Toulouse", t. VI, fasc. 1, 1958, pp. 6-7.

En Italie, l'usage du rouge subsista. Ainsi, à Florence, les docteurs ès lois des universités (comme les juges et même les notaires) portaient la pourpre et l'hermine (102), car ils étaient tenus pour les gardiens du Droit souverain, auquel le Prince lui-même était soumis. Les autres classes de la société portaient des robes de couleur différentes et des fourrures de moindre valeur (103). Cette singularité italienne est certainement à rapprocher de la mystique élaborée à cette époque par les légistes de la péninsule. Pour Azone (m. 1230), "la Loi est appelée sainte et ceux qui l'administrent sont par conséquent appelés prêtres" (104). L'idée revient également chez Francesco Accursio (105) et Giovanni da Viterbo (106) vers 1235. Au siècle suivant, quand Baldo souleva la question de savoir si les docteurs en droit devaient être comptés parmi les plus hauts dignitaires de la société, il répondait : "Pourquoi pas, puisqu'ils remplissent les fonctions du sacerdoce ?" (107). Et lui-même professeur de droit à Bologne, écrivait de façon péremptoire : "Les professeurs de droit sont appelés prêtres" (108). À ce titre, on pourrait dire qu'ils ont droit à la robe pourpre que revêt le premier des pasteurs. En tous cas, l'idée n'allait pas tarder à s'en répandre.

Le Pape français d'Avignon, Benoît XII, né Jacques Fournier étendit l'usage en France, sans doute pour rehausser le prestige du droit face à la théologie, à une époque où le Saint-Siège venait d'échouer dans sa réforme du monachisme (109) et avait un besoin pressant de légistes pour reconstruire un État pontifical dans la vallée du Rhône. En tous cas, par un privilège pontifical de 1336, les docteurs en droit canonique de la Faculté de Décret de Paris, puis, en 1339, ceux de l'Université de Droit de Montpellier, se virent reconnaître le droit de porter la chape rouge, le chaperon fourré d'hermine (110), ancêtre de l'épitoge, et un bonnet rond, propre aux docteurs, qui avait la forme du "camauro" pontifical (la "clémentine" de l'époque moderne). Jusqu'au XVI<sup>ème</sup> siècle, ce bonnet était partout de même couleur que la robe (111). À ce symbole du doctorat, s'ajoutait d'autres insignes strictement locaux : à l'université d'Aix, les docteurs portaient ainsi une ceinture dorée (112). À compter de la seconde moitié du XIV<sup>ème</sup> siècle, le droit au port de la robe rouge s'étendit aux docteurs en droit romain de ces deux Facultés, puis aux autres Facultés de Droit, par voie de communication des privilèges (113). À la différence du costume des magistrats, d'origine étatique, celui des docteurs agrégés de Droit a donc une

(102) P. Antonetti, *"La vie quotidienne à Florence au temps de Dante"*, Hachette, 1990, p. 35.

(103) Ainsi, après une révolution dirigée à Florence contre la noblesse, les nouveaux juges, issus de la classe des marchands, n'osèrent pas porter la robe rouge (E. Glasson, *"Les origines du costume de la magistrature"*, op. cit., p. 114).

(104) Glossa ordinaria, sur D. 1, 1, 1, v. Cuius ; E. Kantorowicz, *"Les deux corps du Roi"*, op. cit., p. 100 et 417, n. 100.

(105) "Comme les prêtres administrent et accomplissent les choses sacrées, nous faisons de même, puisque les lois sont très sacrées. Et, tout comme le prêtre, quand il impose une pénitence, rend à chacun ce qui lui revient, nous faisons de même quand nous jugeons", (Glos. ord. sur D. 1, 1, 1, v. sacerdotis ; E. Kantorowicz, *"Les deux corps du Roi"*, op. cit., p. 100 et 417, n. 101).

(106) Giovanni da Viterbo, *"De regimine civitatum"*, c. 25 ; E. Kantorowicz, *"Les deux corps du Roi"*, op. cit., p. 101 et 418, n. 105).

(107) Balde, sur c. 15 X 1, 3, n. 9. In *Decretales*, f° 37 v° ; E. Kantorowicz, *"Les deux corps du Roi"*, op. cit., p. 101 et 419, n. 108).

(108) "...quod legum professores dicuntur sacerdotes" (Balde, sur D. 1, 1, 1, n. 5, f° 7 ; E. Kantorowicz, *"Les deux corps du Roi"*, op. cit., p. 101 et 419, n. 109).

(109) J.-M. Mayeur, C. Pietri, A. Vauchez, M. Venard (sous la direction de), *"Histoire du christianisme"*, t. VI : "Un temps d'épreuves (1279-1449)", Desclée/Fayard, 1990, p. 520.

(110) J. Dauvillier, *"Origine et histoire des costumes universitaires français"*, op. cit., p. 5 ; J. Dauvillier, *"Histoire des costumes des gens de justice dans notre ancienne France"*, op. cit., p. 234.

(111) J. Dauvillier, *"Origine et histoire des costumes universitaires français"*, op. cit., p. 4.

(112) *Ibid.*, p. 7.

(113) J. Dauvillier, *"Histoire des costumes des gens de justice dans notre ancienne France"*, op. cit., p. 234.

origine pontificale. Avec la généralisation de la pourpre dans les Facultés de droit françaises, le noir fut finalement réservé aux bacheliers et licenciés, comme ailleurs en Europe (114). Ce clivage ne se retrouve pas dans les autres disciplines : ainsi, les docteurs en médecine portaient une robe et un bonnet noirs, tout au plus agrémenté de rouge. Ils se distinguaient surtout des grades inférieurs par leurs manteaux courts d'hermine (115).

\*.\*

Au XVI<sup>ème</sup> siècle, le costume des professeurs se rapprocha de celui des juges. En effet, dans le courant du siècle, la Faculté de Décret de Paris abandonna la chape rouge et adopta, comme les cours souveraines (116), la grande robe rouge à larges manches (117). Cette robe, munie de revers de soie noire, restait ouverte sur une robe de dessous de soie noire, boutonnée et ceinte : la simarre (ou soutane). La robe écarlate se répandit ensuite chez tous les juristes, avec toutefois quelques difficultés pour les professeurs royaux de droit français institués par Louis XIV. En effet, canonistes et romanistes dénièrent le droit de porter la pourpre (118) à ceux qu'ils tenaient pour des parvenus. C'est ainsi que Pothier, qui enseignait le droit français à Orléans, n'est jamais représenté qu'en robe noire (119).

Un grand nombre d'arrêtés de règlement pris par les Parlements réglementèrent le port de la robe, notamment en cas de risque de confusion ou de querelle de préséance (120). Maintes fois, les cours souveraines intervinrent pour empêcher d'autres juges de se revêtir d'écarlate. Au début du XVII<sup>ème</sup> siècle, le président du présidial de Toulouse s'étant permis de porter la pourpre, le Parlement lui expédia deux huissiers qui le firent changer de vêtements (121). Désormais, en France, à quelques exceptions près (122), des textes imposèrent la robe noire aux magistrats des juridictions subordonnées. Il en était dorénavant de même des avocats (123), auxquels la plus grande modestie était imposée dans le vêtement (124), depuis l'édit de Fontaineblau de 1540 (125). Ils ne s'y plièrent pas toujours de bonne grâce,

(114) F. Boucher, *"Histoire du costume en Occident de l'Antiquité à nos jours"*, op. cit., p. 186.

(115) E. Glasson, *"Les origines du costume de la magistrature"*, op. cit., p. 117-118.

(116) *Ibid.*, p. 121 ; J. Dauvillier, *"Histoire des costumes des gens de justice dans notre ancienne France"*, op. cit., p. 236.

(117) J. Dauvillier, *"Origine et histoire des costumes universitaires français"*, op. cit., p. 11.

(118) *Ibid.*, p. 12.

(119) *Ibid.*, p. 14.

(120) Ainsi, en 1533, le Parlement de Toulouse, ayant à accueillir le cardinal de Gramont, vêtu de la pourpre cardinalice, délibéra qu'il ira à sa rencontre en robes noires. L'année suivante, ayant à accueillir le Roi et la Reine de Navarre, la Cour décida que ses présidents pourraient les recevoir dans leurs robes rouges. Au Parlement de Rennes, la Cour arrêta que seul le premier président aurait le droit d'entrer et de sortir du palais en robe rouge (Ch. Desmaze, *"Trésor judiciaire de la France. Curiosité des anciennes justices"*, op. cit., p. 215.).

(121) La Roche-Flavin, *"Treize livres des Parlements de France"*, liv. X, chap. 24, éd. 1617, p. 604 ; E. Glasson, op. cit., p. 123.

(122) J. Dauvillier, *"Histoire des costumes des gens de justice dans notre ancienne France"*, op. cit., p. 236.

(123) F. Bouscau, *"Documents sur la discipline des avocats parisiens aux XVII<sup>ème</sup> et XVIII<sup>ème</sup> siècles : les registres des conférences de discipline de l'ordre des avocats au Parlement de Paris"*, *"Revue de la Société Internationale d'Histoire de la Profession d'Avocat"*, Toulouse, 1989-1, p. 57.

Le violet semble avoir été adopté dans quelques provinces pour les robes d'avocat (F. Boucher, *"Histoire du costume en Occident de l'Antiquité à nos jours"*, op. cit., p. 201).

(124) G. Chaussinand-Nogaret, *"La vie quotidienne des Français sous Louis XV"*, Hachette, 1979, p. 260.

(125) J. Bares, *"Le rouge et le noir"*, *Revue Internationale de la Profession d'Avocat*, Toulouse, 1990, n° 2, p. 137.

comme en témoigne le "Traité de la Robbe rouge" d'un certain Jacques de Lestornay qui y défendait le droit des avocats de la porter (126).

\*\_\*

C'est à cette époque que le costume des docteurs agrégés prit sa forme définitive dans la moitié nord de la France et notamment à la Faculté des droits de Paris. Le chaperon fourré se transforma en une épitoge herminée au revers de la robe (127). Celle-ci ne comportait toutefois qu'un rang de fourrure. C'est seulement Napoléon qui a imaginé de distinguer les docteurs par trois rangs de fourrure (128). L'usage du rabat s'imposa au milieu du XVII<sup>ème</sup> siècle pour prendre sa couleur blanche et sa forme allongée définitive au XVIII<sup>ème</sup> (129). La robe rouge restait encore ouverte sur la simarre ou soutane de couleur noire, mais, dans la seconde moitié du XVII<sup>ème</sup> siècle, apparurent des costumes tout d'une pièce, qui associaient la robe et la simarre (130). Ainsi fut constituée la robe que nous connaissons aujourd'hui, rouge avec les revers et les devantes noirs. Elle était la même pour les professeurs et les juges, à quelques détails près. C'est ainsi que les universitaires restèrent fidèles au bonnet, désormais, depuis le XVI<sup>ème</sup> siècle, carré et noir et que les juges, à l'exception des premiers présidents des Parlements (131), se contentèrent de toques. Sauf du moins lorsqu'ils étaient gradués, auquel cas ils préférèrent naturellement le bonnet (132). N'insistons pas sur les gants et les perruques (133).

À la périphérie du Royaume, plusieurs universités n'adoptèrent pas le costume qui vient d'être décrit. Les universités méridionales perpétuèrent fréquemment la vieille chape noire ou la remplacèrent par une robe de même couleur. Les différentes disciplines n'y étaient donc individualisées que par la couleur du floc, la houpe qui ornait alors le bonnet doctoral. Elle était rouge pour les juristes (134). Aux XVII<sup>ème</sup> et XVIII<sup>ème</sup> siècles, mécontentes de ce costume trop modeste, les Universités du Midi adoptèrent parfois une robe rouge "à la façon de France", notamment dans le sud-est de l'hexagone (135). À l'Université d'Aix, un arrêt du Parlement de Provence de 1742 attribua aux docteurs en droit la robe écarlate, avec la soutane noire en dessous (136).

Cette généralisation de la pourpre ne doit pas tromper. Les Facultés de Droit de cette époque étaient entrées en déclin. Les raisons de ce phénomène sont multiples : absentéisme des étudiants, qui se bornaient à utiliser les notes d'un scribe besogneux, excessive facilité des examens, mauvais recrutement des professeurs causé en grande partie par l'insuffisance de leurs émoluments, toutes choses qui, Dieu merci, appartiennent au passé. Il en résulta une baisse de la fréquentation de nos universités. C'est ainsi que la Faculté de Caen, c'est un cas

(126) *Ibid.*, p. 140.

(127) La transformation remonte au XV<sup>ème</sup> ou au XVI<sup>ème</sup> siècle (F. Boucher, "Histoire du costume en Occident de l'Antiquité à nos jours", *op. cit.*, p. 201 et 233).

(128) J. Dauvillier, "Origine et histoire des costumes universitaires français", *op. cit.*, p. 11.

(129) J. Dauvillier, "Histoire des costumes des gens de justice dans notre ancienne France", *op. cit.*, p. 235.

(130) *Ibid.*, p. 233.

(131) *Ibid.*, p. 233.

(132) *Ibid.*, p. 235.

(133) *Ibid.*, p. 235.

(134) J. Dauvillier, "Origine et histoire des costumes universitaires français", *op. cit.*, p. 19.

(135) *Ibid.*, p. 22-23.

(136) *Ibid.*, p. 25.

extrême, ne comptait plus, à la veille de la Révolution, qu'un seul et unique étudiant (137) !

La Révolution de 1789 précipita ce déclin. Les Constituants issus du Tiers État, auxquels on avait imposé un habit noir lors de la convocation de l'Assemblée des trois ordres (138), bannirent les costumes traditionnels des professeurs, comme d'ailleurs des juges, des avocats et même des prêtres (139). On ne laissa même pas la longue robe rouge aux juges du Tribunal de Cassation, qui, en septembre 1790, durent revêtir un habit court "bizarre", avec un chapeau rond surmonté d'un panache de plume, le tout de couleur noire (140). Chose plus grave, la Révolution balaya également les vieilles Facultés, sans rencontrer d'ailleurs de résistance. Le décret du 15 septembre 1793 les supprima "sur toute la surface de la République" (141). C'est ainsi que la Faculté des droits de Paris fut fermée par une simple descente de police (142).

En 1794, on s'aperçut qu'on était allé trop loin en ce domaine, comme dans d'autres. Afin de relever l'éclat des hautes fonctions publiques, la Convention vota le 3 brumaire an IV "une sorte de code des costumes" (143). Les plus hauts dignitaires de l'État et quantité de fonctionnaires, jusqu'aux agents du Gouvernement dans les Colonies, se virent dotés de pittoresques uniformes administratifs (144). Le rouge opéra un retour spectaculaire, avec notamment le manteau descendant jusqu'au genou, réservé désormais aux membres de l'Assemblée législative (145), seuls délégués de la souveraineté nationale. Leur costume, agrémenté d'une toque de velours blanc, fut aussi adopté par le Tribunal de Cassation, moyennant quelques modifications (146). Le régime suivant introduisit le rouge dans les costumes des Directeurs (147), investis d'un pouvoir exécutif que les constituants entendaient renforcer.

Le Consulat et l'Empire franchirent plus nettement le cap. En 1802, les avocats et les magistrats se virent redonner leurs robes de couleur traditionnelles (148). S'agissant des universités, Napoléon voulut recréer un corps qui ait un esprit, des traditions. D'ailleurs, l'Université impériale, qu'il fonda, était plus qu'une administration, c'était une congrégation laïque, un "corps enseignant". L'expression, qui doit être prise au pied de la lettre, apparaît d'ailleurs à cette époque. Ses membres, à l'exception des professeurs de lycée, étaient d'ailleurs astreints au célibat et à la vie commune dans les établissements (149). En 1804, réglementant dans le détail le fonctionnement des Écoles de Droit (150), qui attendront encore quatre ans

(137) M.-A. Lemasne-Desjobert, *"La Faculté de Droit de Paris aux XVIIIème et XVIIIème siècles"*, Paris, Cujas, 1967.

(138) F. Boucher, *op. cit.*, p. 335.

(139) L. 18 août 1792 (J. Imbert, *"L'Église catholique dans la France contemporaine"*, Economica, Paris, 1990, p. 43).

(140) E. Glasson, *"Les origines du costume de la magistrature"*, *op. cit.*, p. 130-131.

(141) S. Rials, *"Un épisode de l'agonie de la Faculté des droits de Paris sous la Révolution : les docteurs agrégés à la barre de la Constituante"*, *"Revue d'Histoire des Facultés de Droit et de la Science Juridique"*, 1988, n° 7, p. 46.

(142) M.-A. Lemasne-Desjobert, *"La Faculté de Droit de Paris aux XVIIIème et XVIIIème siècles"*, Paris, Cujas, 1967.

(143) *Ibid.*, p. 131.

(144) F. Boucher, *"Histoire du costume en Occident de l'Antiquité à nos jours"*, *op. cit.*, p. 343.

(145) E. Glasson, *"Les origines du costume de la magistrature"*, *op. cit.*, p. 132.

(146) *Ibid.*, p. 132.

(147) *Ibid.*, p. 132.

(148) E. Glasson, *"Les origines du costume de la magistrature"*, *op. cit.*, p. 133 à 135 ; J. Bares, *"Le rouge et le noir"*, *op. cit.*, p. 137.

(149) A. Prost, *"Histoire de l'enseignement en France (1800-1967)"*, Armand Colin, Paris, 1968, p. 25.

(150) Loi du 22 ventôse an XII.

pour retrouver leur nom de Facultés (151), Napoléon fit codifier leur costume et prit pour modèle la robe "à la façon de France", qui était le type le plus répandu sous l'Ancien Régime (152). Désormais les différentes disciplines furent individualisées par des robes de teinte spécifique, recouvrant un habit noir : rouge écarlate pour les juristes, rouge foncé ("cramoisi") pour les médecins (153), rouge violacé pour les scientifiques (154), orange puis jaune pour les littéraires (155), noir puis violet pour les théologiens (156), rouge saumon pour les pharmaciens (157). Partout, la toque, empruntée aux assemblées du Directoire, remplaça le bonnet carré et s'assortit désormais à la couleur de la robe (158).

\*\_\*\_\*\_\*

Si depuis les troubles étudiants de mai 1968, le couvre-chef n'est plus guère porté, la robe pourpre et l'épitoge fourrée se sont maintenues, malgré toutes les vicissitudes de notre histoire. Elles ont même survécues à la soutane des prêtres, qui a pratiquement disparu depuis le dernier concile (159). En les revêtant, à l'occasion d'une soutenance de thèse ou d'une remise de prix, le plus jeune et le plus insigne des docteurs agrégés se fait ainsi l'héritier d'un patrimoine historique immense. C'est porter sur lui, en lui, un titre d'héritage, qui renvoie à ce qu'il y a eu de plus grand dans la civilisation de l'Occident : l'attachement à la tradition et la prééminence du droit, irremplaçables piliers de la liberté.

---

(151) Décret du 17 mars 1808.

(152) J. Dauvillier, *"Origine et histoire des costumes universitaires français"*, op. cit., p. 30.

(153) *Ibid.*, p. 30.

(154) *Ibid.*, p. 35.

(155) *Ibid.*, p. 35.

(156) *Ibid.*, p. 35 et 38.

(157) *Ibid.*, p. 38.

(158) *Ibid.*, p. 31.

(159) J. Imbert, *"L'Église catholique dans la France contemporaine"*, op. cit., pp. 43-44.

R.R.J. 1992-3  
Pages 859 à 880

- IX -

**COMMENTAIRES D'ARRÊTS**



**LE DOUBLE VISAGE DE LA  
REQUALIFICATION DU CONTRAT  
DANS LE CONTRAT DE TRAVAIL À  
DURÉE DÉTERMINÉE :  
REQUALIFICATION-INTERPRÉTATION  
ET REQUALIFICATION-SANCTION**

**COMMENTAIRE DE CASS. SOC. 27 MARS 1991.**

Par

Madame Claude ROY-LOUSTAUNAU  
*Maître de Conférences à la Faculté de Droit d'Aix-en-Provence  
(Université Aix-Marseille III)  
Directeur-Adjoint du Centre de Droit Social*

**Sommaire :** Le contrat de travail comportant une clause de dénonciation par l'une ou l'autre des parties est un contrat à durée indéterminée. L'employeur a également qualité pour demander la requalification du contrat.

1 - Sous une apparence classique, l'arrêt de la chambre sociale de la Cour de cassation du 27 mars 1991 apporte une solution nouvelle. Classique parce qu'il est de jurisprudence ancienne (1) et constante (2), encore récemment réaffirmée (3), que la présence d'une faculté réciproque de résiliation unilatérale dans un contrat de travail à durée déterminée entraîne sa requalification en contrat à durée indéterminée à la demande de l'une ou l'autre des parties ; et il est bien admis qu'en pareil cas le juge a le pouvoir de requalifier le contrat sur le fondement de l'interprétation de leur

---

(1) V. la jurisprudence ancienne citée par G. Lyon-Caen et J. Pélissier, *Les grands arrêts de droit du travail*, 2<sup>e</sup> éd. 1980, p. 235 ; notamment, civ. 26 nov. 1928 S. 1929, 1, 55 ; Civ. 14 juin 1932, S. 1933, 1, 61 ; Cass. soc. 14 nov. 1937, S. 1 937, 1, 204 ; Cass. soc. 20 janvier 1965, Bull. IV, p. 39, n° 53 ; Cass. soc. 27 oct. 1976, Bull. V, n° 543, p. 529.

(2) Cass. soc. 23 avril 1985, Dr. soc. 1987, p. 7 ; Paris 25<sup>e</sup> ch., 23 janvier 1987, B.S. Lefebvre 1987, inf. 95, p. 476 ; Paris 17 déc. 1987 B.S. Lefebvre 1988, inf. 248, p. 94.

(3) Cass. soc. 18 juin 1991, Cahiers prud'homaux. n° 3/1992, p. 53.

volonté (4), conformément aux mécanismes éprouvés de la théorie générale des obligations.

Nouvelle, en réalité, car la réaffirmation de cette solution traditionnelle dans le contexte aujourd'hui très différent de la législation d'ordre public du contrat à durée déterminée en modifie la signification. C'est en effet la première fois, à notre connaissance, que la chambre sociale était directement sollicitée d'étendre au contrat affecté d'une faculté de résiliation unilatérale sa jurisprudence récente selon laquelle un employeur ne peut se prévaloir des irrégularités de forme ou de fond du contrat à durée déterminée pour obtenir sa requalification en contrat à durée indéterminée (5), ce qui revient à en réserver l'exclusivité au salarié.

2 - Le problème était clairement posé par le salarié, les faits apparemment dépouillés de toute complication, sinon qu'en fonction des intérêts attachés au choix du régime de la rupture du contrat, chaque partie soutenait en l'espèce une qualification contraire aux jeux de rôles habituels. Engagé par un premier contrat de 2 ans, puis pour une nouvelle durée déterminée de 3 ans (à compter du 12.07.1982), il avait été licencié 7 mois plus tard. En appel (6), le juge considéra qu'il s'agissait d'un contrat à durée indéterminée et accorda au salarié une indemnité de licenciement sans cause réelle et sérieuse, mais d'un montant inférieur à ce que ce dernier eût obtenu de la rupture d'un contrat à durée déterminée (indemnités de rupture anticipée abusive et de fin de contrat). Demandeur au pourvoi, le salarié reprochait au juge d'avoir écarté la qualification qu'il soutenait alors que "seul le salarié peut se prévaloir ou ne pas se prévaloir du contrat affecté d'un vice" susceptible d'entraîner la requalification en contrat à durée indéterminée.

Or, sans même discuter ce moyen, la Cour de cassation se contente d'une réaffirmation concise de sa jurisprudence classique : "ayant relevé que le contrat comportait une clause de dénonciation par l'une ou l'autre des parties, la Cour d'appel a décidé à bon droit que "le contrat était à durée indéterminée". La continuité de jurisprudence est sur ce point évidente.

3 - Mais le rejet du moyen du pourvoi du salarié, même sans réponse véritable de l'arrêt, confère à ce dernier une toute autre portée. Il apporte d'abord une limite à la jurisprudence récente réservant au salarié le choix de la qualification du contrat en présence de certains vices du contrat de travail à durée déterminée. Et, au-delà, l'arrêt intervient, sinon explicitement du moins objectivement, dans le débat en cours sur la conception même de la requalification du contrat à durée déterminée (7).

4 - Deux conceptions s'opposent. Celle, classique, de la requalification-interprétation, issue de la théorie des obligations, qui permet à chacune des parties à l'acte de saisir le juge, lequel dispose de larges pouvoirs d'interprétation de la volonté des parties. D'autre part, celle de la requalification-sanction, qui se développe actuellement dans le cadre des contrats précaires. Très différente dans son inspiration,

(4) F. Terré, L'influence de la volonté individuelle sur la qualification, L.G.D.J. 1957 ; Roland et Boyer ; Droit civil, Les obligations, Le contrat, 13<sup>e</sup> éd. Litec, p. 144 ; Malaurie et Aynes, Droit civil, Les obligations, 2<sup>e</sup> éd. 1990, p. 406, n° 747 ; Flour et Aubert, Les obligations, L'Acte Juridique, 5<sup>e</sup> éd., Armand Colin, 314, n° 375 ; A. Sériaux, Droit des obligations, P.U.F 1992, p. 178 s. n° 48.

(5) J. Savatier, La requalification des contrats à durée déterminée irréguliers, Dr. soc. 1987, p. 375.

(6) Aix. 9<sup>e</sup> ch., 12 janvier 1987, Sari France Immobilière c/ Maruno, inédit Fichier Centre de Droit Social.

(7) C. Roy-Loustaunau, "Réflexions sur le rôle du juge dans la requalification-sanction du contrat de travail à durée déterminée après la loi du 12 juillet 1990, J.C.P. éd. E. 1991, p. 513.

elle vise, dans la jurisprudence initiale de 1987 (8), à protéger le salarié, mais tend aujourd'hui, avec la réforme de la loi du 12 juillet 1990 relative aux contrats précaires (9), à sanctionner l'employeur qui viole la réglementation impérative du contrat à durée déterminée. Désormais organisée de façon autonome (art. L. 122-3-13 al. 2 C. Trav.), assortie d'une procédure d'urgence (10), elle tend à limiter le pouvoir du juge à un simple "constat" de la violation des textes (11) et interdit à l'employeur le droit de demander la requalification, en vertu de la jurisprudence antérieure de 1987. En ce qui concerne la qualité pour agir, le résultat est donc très différent selon chacune des conceptions : dans la requalification-interprétation chaque partie -le salarié et l'employeur- peut agir, dans la requalification-sanction l'employeur est privé du droit d'agir.

5 - Sans doute le présent arrêt statue-t-il sous l'empire de l'ordonnance de 1982 (12), mais on peut penser qu'il conserve sa valeur sous l'empire de la loi de 1990, celle-ci consacrant l'évolution antérieure. Sous cette réserve, l'apport de l'arrêt est double. D'une part, bien qu'il ait rejeté le pourvoi du salarié, il ne condamne pas la jurisprudence de 1987. Celle-ci doit donc être examinée pour mesurer la portée que lui donnent actuellement les salariés (I). D'autre part, en limitant cette jurisprudence dans le cas d'un contrat affecté d'une faculté réciproque de résiliation, il maintient implicitement mais nécessairement un certain rôle à la méthode de requalification classique. La requalification quasi-automatique n'absorbe donc ni n'épuise tout le contentieux de la qualification du contrat à durée déterminée : l'employeur n'est pas totalement exclu et le juge conserve ses pouvoirs classiques, même si la portée exacte de cette "ouverture" reste délicate à préciser (II). L'action en requalification-interprétation coexiste bien, en l'état, avec la requalification-sanction offerte au seul salarié.

## I - LA REQUALIFICATION-SANCTION OFFERTE AU SEUL SALARIÉ (LA THÈSE REJETÉE)

6 - Les salariés tentent aujourd'hui de donner à la jurisprudence de 1987 une portée absolue en prétendant qu'ils ont la "maîtrise" totale de la qualification. En l'espèce, le salarié soutenait qu'il pouvait, seul, se prévaloir de l'inobservation de la réglementation du contrat à durée déterminée. En l'état de l'évolution jurisprudentielle et législative, l'argument paraissait pouvoir prospérer. En effet, même si la nature de l'action en requalification-sanction reste difficile à cerner (C), la jurisprudence de 1987 exclut l'employeur du droit de solliciter la requalification exacte du contrat de travail (A) et offre par contre-coup au salarié le choix de la qualification la plus avantageuse pour lui (B).

(8) Cass. soc. 16 juillet 1987, Bull. civ. V, n° 481, p. 306 (règles de forme) ; Cass. soc. 29 nov. 1989, R.J.S. 1990, p. 71, n° 94 (règles de fond) ; Cass. soc. 16 janvier 1991, Bull. inf. C. cass. 1991, p. -13, n° 488 (règles de forme) ; Cass. soc. 13 février 1991, Dr. soc. 1991, p. 418 (règles de fond) ; Aix, 18° ch. 12 juin 1991 Friou c/ Sari ALPAZUR Matériel, Fichier Centre de Droit Social.

(9) L. 90-613 12 juillet 1990 favorisant la stabilité de l'emploi par l'adaptation du régime des contrats précaires : J.C.P. 1990, 111, 64044.

(10) Cf. notre chronique précitée, particulièrement sur les aspects procéduraux de la nouvelle action en requalification et leurs difficultés de mise en œuvre.

(11) Sur la portée des présomptions dans la loi du 12 juillet 1990, voir chronique précitée et les opinions dissidentes de Cahiers Prud'homaux 1990, n° 8 et la communication de B. Teyssié au colloque Entreprise et Droit Social "La requalification du contrat", Béziers, septembre 1991.

(12) Ord. n° 82-1305. 5 février 1982 ; Cf. B. Teyssié : "Les contrats de travail à durée déterminée" (ord. n° 82-130. 5 fév. 1982), J.C.P. 82, éd. C.I, II, 13830, éd. C.I, 3089.

## A - L'exclusion de l'employeur

7 - L'avantage de la jurisprudence de 1987 est d'offrir au salarié une application plus nuancée de la requalification-sanction du contrat à durée déterminée. Dans son souci de lutter contre le travail précaire, l'ordonnance du 5 février 1982 postulait de manière abrupte que le contrat à durée indéterminée, devenu le symbole juridique et idéologique de "l'emploi permanent", était toujours plus favorable au salarié. Elle limita donc le recours au contrat à durée déterminée à des cas restrictivement définis, tout en organisant le retour au contrat de travail de "droit commun" par une présomption assurant la requalification du contrat à durée déterminée à titre de sanction. Par la suite, l'amélioration constante du statut du salarié lié par contrat à durée déterminée, devait démentir les postulats de 1982. Dans certains cas, la rupture du contrat à durée déterminée devenait plus intéressante pour le salarié que celle d'un contrat à durée indéterminée. Les employeurs avaient un intérêt inverse et invoquèrent les irrégularités du contrat à durée déterminée pour obtenir la requalification du contrat afin de pouvoir rompre le contrat sur la base moins onéreuse d'un licenciement. Le jeu aveugle de la présomption et de la requalification-sanction se retournaient contre le salarié. Mais le législateur de 1982 n'ayant pas interdit à l'employeur d'invoquer la présomption, la Cour de cassation corrigea le texte. Elle interdit à l'employeur de se prévaloir des irrégularités commises lors de la conclusion du contrat à durée déterminée. La qualité pour agir en requalification lui fut déniée, l'action étant du même coup réservée au seul salarié (13).

8 - En l'espèce, le salarié se sentait d'autant plus fondé à invoquer cette jurisprudence qu'elle est non seulement bien acquise mais même renforcée par l'évolution jurisprudentielle et législative récente

La jurisprudence, tout d'abord, a précisé que cette solution s'imposait aux ayants droit de l'employeur. En ce sens, il a été récemment jugé par la Cour d'appel de Paris que l'assureur de l'employeur n'avait pas qualité pour agir en requalification dans le cadre d'une procédure collective (14). Le GARP, en l'espèce, ne pouvait avoir plus de droits que son auteur même si la qualification "erronée" du contrat lui portait préjudice. Cette solution logique, conforme à l'orthodoxie juridique (mais contraire toutefois à une décision antérieure de la même Cour d'appel) (15), s'explique par le jeu de la subrogation légale. Cet organisme, "bien que tiers lors de la signature du contrat et subrogé dans les droits du salarié pour les créances garanties dont il a avancé le montant, est chargé de mettre en œuvre le régime de l'assurance prévu à l'article L. 143-11-1 et, à ce titre, ne peut avoir plus de pouvoir que l'employeur".

9 - En second lieu, on peut considérer que la jurisprudence de 1987 sort renforcée de la procédure de requalification-sanction édictée par la dernière réforme du 12 juillet 1990. Loin de remettre en cause cette jurisprudence, le législateur en accroît l'efficacité en permettant au salarié d'obtenir la requalification par une procédure spéciale accélérée portée devant le juge prud'homal (art. L. 122-3-13 alinéa 2). De plus le texte crée une "nouvelle indemnité", de requalification dont il dispose qu'elle est accordée par le juge lorsqu'il "fait droit à la demande du salarié". Cette

(13) Cf. supra note 8. Add. Aix, 9<sup>e</sup> ch., 25 mai 1992, *Ansidei c/Camilla*, inédit, Fichier Centre de droit social : cette jurisprudence s'applique aussi au contrat de qualification irrégulier.

(14) Paris, 21<sup>e</sup> ch., section B, 5 mars 1992 *Me Guillemonatet GARP c/Perrin*, R.J.S. 1992, n° 587, p. 334.

(15) Paris 21<sup>e</sup> ch. 18 déc. 1990. *Me Carrosset Marillier et GARP c/ Charbrat*, R.J.S. 1991/3, p. 166, n° 315.

dernière précision semble bien exclure, au moins implicitement, que la demande de requalification puisse émaner de l'employeur (16).

10 - On peut cependant se demander si la jurisprudence de 1987 n'est pas quelque peu limitée par le droit de substitution accordée aux syndicats par la réforme de 1990 pour leur permettre d'exercer sans mandat exprès les actions appartenant au salarié (17) ? On pourrait le penser dans la mesure où le salarié n'est plus le seul à pouvoir se prévaloir des irrégularités du contrat à durée déterminée et qu'il perd l'exclusivité de l'initiative de l'action en requalification. En réalité, la jurisprudence de 1987 n'est pas remise en cause puisque le salarié conserve le droit de faire opposition à tout moment à l'exercice de l'action par le syndicat.

#### **B - Le choix par le salarié de la qualification la plus avantageuse**

11 - En écartant la demande de requalification de l'employeur, la jurisprudence a en réalité conféré au salarié le choix de la requalification qui lui paraît la plus favorable.

La présente affaire en offre une illustration particulièrement nette à tous égards. Le contrat litigieux était doublement irrégulier puisqu'il ne respectait ni les cas de recours autorisés ni la durée maximale du contrat imposés par l'ordonnance de 1982. Mais le salarié avait un intérêt financier certain à demander l'application de ce contrat irrégulier. De fait, la requalification en contrat à durée indéterminée n'offrait qu'une indemnité de licenciement minime compte tenu de la faible ancienneté du salarié et une indemnité de licenciement sans cause réelle et sérieuse d'un montant minimum de 6 mois de salaires, toutes sommes inférieures aux perspectives offertes par la rupture d'un contrat à durée déterminée de longue durée : indemnité de rupture anticipée avant terme équivalant aux salaires restant à courir jusqu'au terme soit environ 30 mois de salaires (art. L. 122-3-9, devenu L. 122-3-8), indemnité de fin de contrat de 5 % (à l'époque) du montant des salaires dus sur la totalité du contrat...

12 - L'option offerte au salarié s'avère donc particulièrement avantageuse. Mais l'appréciation, variable dans chaque cas, doit être portée au moment de la rupture du contrat, spécialement eu égard à l'ancienneté de services et à la durée prévue du contrat à durée déterminée - ou à sa durée prévisible lorsqu'il est conclu à terme incertain (Soc. 13 mai 1992, inédit). Le calcul des indemnités de rupture n'est d'ailleurs pas le seul intérêt en cause, l'appréciation pouvant aussi dépendre du grief reproché par l'employeur ; il peut être en effet plus intéressant pour le salarié de rester sur le terrain du contrat à durée déterminée dont la rupture anticipée exige de l'employeur la preuve d'une faute grave (18).

(16) J. Savatier, Les garanties contractuelles de stabilité d'emploi, Dr. soc. 1991, p. 414 et notre chronique précitée.

(17) M. Cohen, Le droit de substitution, cadeau empoisonné aux syndicats : Dr. soc. 1990, p. 790.

(18) A. Arseguel, Le contrat de travail à durée indéterminée à caractère précaire, J.C.P. éd. E. 1989, chr. 15365. En tout état de cause, les procédures précédant "la rupture" entre les deux types de contrats tendent aujourd'hui à s'estomper : la rupture anticipée pour faute grave du salarié est soumise à la procédure disciplinaire, V. Cass. soc. 20 nov. 1991, R.J.S. 1992/1, n° 10 : l'employeur ne peut non plus pour justifier celle-ci invoquer d'autres griefs que ceux énoncés dans la lettre notifiant la rupture (Cass. Soc. 26 février 1992, R.J.S. 1992/4, p. 242-243 ; Rappr. Cass. soc. 27 mai 1992, Dr. du travail, juillet 1992, n° 333.

13 - Dans ces conditions, la qualification exacte du contrat devient secondaire : elle est soumise au bon vouloir du salarié. Sa "maîtrise" comporte toutefois, à notre avis, certaines limites. D'une part, l'invocation simultanée ou successive de deux qualifications différentes à l'égard de personnes différentes, notamment en vue de commettre une fraude ou de cumuler indûment les avantages des deux contrats : empêcher la fraude de l'employeur en favorisant celle du salarié ne serait pas de bonne méthode. D'autre part, la nécessité d'interpréter la volonté des parties dans les contrats affectés d'une clause de résiliation unilatérale, comme dans le cas d'espèce (V. infra II° partie).

### C - La nature de l'action en requalification

14 - Bien que ce point n'ait pas été discuté devant le juge, il convient d'observer que la nature et le mécanisme de l'action restent assez difficiles à préciser, ce qui est le tribut de son caractère prétorien. Son fondement même paraît quelque peu équivoque : admise par la jurisprudence en vue d'assurer la protection du salarié, elle tend, surtout avec la loi de 1990, à sanctionner l'employeur, ce qui complique encore l'analyse.

Le parallèle avec l'action en nullité du contrat ne peut être évité. Pour la majorité des auteurs, l'action s'apparente à une nullité relative de protection et fonctionne comme elle, car son exercice est réservé au seul salarié en fonction de son intérêt (19). C'est cet aspect que faisait ressortir le moyen du pourvoi. Sans doute s'explique-t-on ainsi qu'elle sanctionne une condition de validité du contrat, telle l'impossibilité de conclure un contrat à durée déterminée dans un cas interdit ou le défaut de rédaction écrite du contrat. Mais cette analyse appelle deux objections majeures : d'abord, elle diffère par son objet d'une action en nullité puisqu'il ne s'agit pas d'annuler le contrat, mais de le requalifier ; ensuite on comprend mal qu'elle soit encourue en cas de poursuite irrégulière du contrat à l'échéance du terme (art. L. 1223-10) car la nullité sanctionne la violation des conditions de formation du contrat et non les irrégularités affectant son exécution ou ses effets.

S'agirait-il alors plutôt d'une nullité limitée à la clause stipulant le terme ? Réputée non écrite, elle n'atteindrait ainsi que le contrat à durée déterminée mais non le contrat de droit commun... Mais cette analyse n'est guère satisfaisante car la nullité devrait affecter l'ensemble du contrat lorsque la clause annulée était la cause déterminante de l'accord des parties ; au reste, en pareil cas, l'action pourrait être le plus souvent intentée par l'employeur.

On pourrait aussi songer à une comparaison avec la nullité absolue, dans la mesure où l'ordre public absolu est attaché à la politique de l'emploi. Mais l'action devrait alors être ouverte à toute personne intéressée, y compris l'employeur ou les tiers (20), ce qui n'est pas le cas, sauf à relever que cette idée explique peut être le droit de substitution accordé aux syndicats par la loi de 1990 (infra n° 10).

Il semble donc préférable de considérer qu'il s'agit d'un cas de substitution légale de contrat imposé par l'ordre public social et laissé, à ce titre, à la discrétion du salarié. Toutefois, l'irrégularité est confirmable par le salarié comme en matière de nullité relative. Dans ce domaine le présent arrêt n'apporte aucune réponse.

---

(19) A. Lyon-Caen, *Le recours au travail à durée limitée*, Dr. soc. 1983, p. 11 ; J. Savatier, art. précit. p. 408-409 ; Poulain, op. cit., p. 112 et Jurisclasseur Travail Fasc. 2-45.

(20) La Cour d'appel de Paris a déclaré recevable l'action de l'A.G.S., qualifié de "tiers", Paris 18 déc. 1990, 21° ch. précité.

## II - LA REQUALIFICATION-INTERPRÉTATION OUVERTE ÉGALEMENT À L'EMPLOYEUR (LA THÈSE RETENUE)

La Cour de cassation a donné raison à l'employeur. Mais en maintenant sa jurisprudence classique sur l'incompatibilité de la clause de résiliation unilatérale réciproque avec le contrat à durée déterminée et, surtout, en ouvrant l'action en requalification à l'employeur, contrairement à sa jurisprudence récente, l'arrêt renvoie à un débat avivé par la réforme de 1990 sur la conception même de la (re)qualification en matière de contrat de travail à durée déterminée. Faut-il voir un coup d'arrêt à la jurisprudence de 1987 et à la méthode de la requalification-sanction ? On peut en tout cas affirmer que la Cour de cassation réserve une certaine place à la requalification-interprétation (A) même si la portée de cette enclave s'avère délicate à préciser (B).

### A - L'autonomie de l'action en requalification-interprétation

15 - Admettre le droit des deux parties à agir et donc celui de l'employeur à solliciter une (re)qualification s'explique aisément dans le contentieux classique de la qualification. Celle-ci dépend d'abord de la volonté des parties, et son interprétation justifie une éventuelle requalification. Au demeurant l'article 12 du N.C.P.C. implique une stricte égalité des parties devant l'interprétation judiciaire lorsqu'il dispose que "le juge doit donner ou restituer leur exacte qualification aux faits et actes litigieux sans s'arrêter à la dénomination que les parties auraient proposée" (21).

16 - En l'espèce, précisément, le juge procède par interprétation de la volonté des parties. Il considère qu'en se réservant le droit de rompre le contrat à tout moment, celles-ci ont entendu ôter toute signification à la stipulation du terme convenu. La date d'échéance n'étant plus prévisible et la durée du contrat n'étant plus précisée, il est logique d'en déduire qu'il s'agit d'un contrat à durée indéterminée. Sans doute, le terme n'est-il plus aujourd'hui la condition suffisante de la validité d'un contrat à durée déterminée, mais il en reste malgré tout l'axe déterminant et le principe de distinction avec le contrat à durée indéterminée. C'est sans doute pour cette raison classique que la Cour de cassation se refuse à considérer la présence d'une clause réciproque de résiliation comme un vice banal affectant un contrat à durée déterminée. La contradiction est telle qu'elle intéresse la nature même du contrat. On sort donc nécessairement de la requalification-sanction. Et la législation protectrice du salarié ne saurait priver l'employeur de son droit d'agir en interprétation du contrat. Cette position est également partagée par la Cour d'appel d'Aix-en-Provence dans une affaire rendue sous l'empire de l'ordonnance du 11 août 1986 (22).

17 - On aurait cependant pu tenter de refuser à l'employeur le droit d'agir en assimilant l'inexistence du terme à un vice de fond du contrat à durée déterminée. Les articles L. 122-1 et L. 122-1-2 précisent en effet que le contrat doit comporter un

(21) J. Vincent et S. Guinchard, Procédure civile. Dalloz 1991, p. 314. n° 392 ; G. Couchez, Procédure civile, Sirey 1992, p. 168, n° 236.

(22) Aix. 9° ch. 12 juin 1991, M. Hugot Restaurant Yung c/ Van Tal Tran, fichier Centre de Droit Social : "la faculté abandonnée à chacune des parties de mettre fin à la relation de travail à n'importe quel moment avant que ne soit atteint le terme contractuellement fixé, impose de reconnaître l'existence d'un accord indéterminée peu important que la demande de requalification émane de l'employeur".

terme (soit précis, soit incertain). Or l'article L. 122-313 répute à durée indéterminée les contrats conclus en méconnaissance de cette exigence. Rentrant dans les mentions justiciables de la requalification-sanction, la clause de résiliation réciproque pourrait donc relever de la jurisprudence de 1987, et le salarié serait autorisé à s'en prévaloir seul au gré de son intérêt. L'argument sera peut être ultérieurement invoqué dans les espèces soumises à la loi du 12 juillet 1990.

## B - Le domaine de la requalification-interprétation

18 - Puisque l'arrêt du 27 mars 1991 laisse subsister un domaine résiduel à la (re)qualification par interprétation de la volonté des parties, on doit se demander quel type de clauses litigieuses appelle l'interprétation du juge à la demande du salarié ou de l'employeur. En est-il ainsi chaque fois que le juge aura à trancher préalablement les contradictions d'une clause relative au terme ou à la durée du contrat (23) ? On peut poser l'hypothèse suivante. La requalification par interprétation de la volonté est ouverte aux deux parties, employeur compris, en présence de clauses contredisant ouvertement l'intention de conclure un véritable contrat à durée déterminée. Ce point préalablement vérifié, la violation formelle par l'employeur de la réglementation du C.D.D., lorsque celle-ci est expressément sanctionnée par la requalification du contrat, ferme l'action à l'employeur, sauf fraude du salarié.

Le problème peut se poser pour plusieurs types de clauses, les unes organisant la rupture des relations contractuelles, les autres assurant leur stabilité, et enfin celles qualifiant le contrat.

19 - 1° S'agissant des clauses organisant la rupture du contrat, la question se pose d'abord de l'extension de la solution du présent arrêt aux clauses prévoyant la dénonciation unilatérale du contrat à durée déterminée à la discrétion totale de l'une seulement des parties (24). A priori la solution devrait être la même par identité de motifs, et l'employeur admis à discuter la qualification du contrat, puisque l'éventualité de la rupture à tout moment rend imprévisible la durée du contrat et équivaut à la disparition du terme. Toutefois, compte tenu des modes de raisonnement du juge social, il ne serait pas inconcevable qu'il opère une distinction selon le bénéficiaire de la clause. Introduite au profit de l'employeur, elle passerait facilement pour une fraude aux modes légaux de rupture du C.D.D. (accord, force majeure, faute grave : art. L. 122-3-8 C. Trav.) ; toutefois, à ce raisonnement, on pourrait opposer que ce texte prévoit déjà des sanctions spécifiques et l'article L. 1223-13 C. Trav. ne la prévoit pas dans l'énumération des exigences emportant la requalification par présomption. Introduite au contraire au profit du salarié, elle pourrait être considérée comme une disposition plus favorable au profit de ce dernier et non comme un vice affectant le contrat : son interprétation relèverait de l'intention des parties et l'action serait ouverte à l'employeur. La jurisprudence devra se prononcer.

La présence d'une clause de conscience (25) pourrait poser un problème identique dans la mesure où on peut l'analyser en une faculté de résiliation unilatérale offerte au salarié. La clause de conscience des journalistes (art. L. 761-7)

(23) Clause contradictoire quant à la nature et la durée d'un contrat d'adaptation, Angers, 3° ch. 27 juin 1989 : Sem. soc. Lamy 1990, n° 490, flash. Jurisp.

(24) Cass. soc. 14 nov. 1963, Bull. IV, p. 649, n° 743 et G. Lyon-Caen et Pélessier, op. cit., p. 234 : add. Poulain, Jurisclasseur Travail, n° 2-45.

(25) Cass. soc. 27 nov. 1986, Bull. V, p. 427 : en l'espèce il s'agissait d'un contrat à durée indéterminée du salarié d'une société de secours mutuel. Mais l'affaire ne posait pas un problème de qualification.

en fournit une application légale. Une clause conventionnelle serait, à notre sens, justiciable de la requalification-interprétation et l'action par conséquent ouverte à l'employeur.

20 - Proches des clauses de résiliation unilatérale, les clauses résolutoires offrent à une partie la faculté de résilier le contrat en cas de survenance d'un événement déterminé indépendant de leur seule volonté. Bien qu'elles n'enlèvent pas toute signification au terme convenu ni ne dénaturent le contrat, elles semblent contraires aux règles d'ordre public limitant les cas de rupture anticipée du C.D.D. (art. 122-3-8 C. Trav.) (26) et sont normalement tenues pour non écrites. On retrouve ici les mêmes hésitations que précédemment selon que le bénéficiaire en serait l'employeur ou le salarié. Dans ce dernier cas, la jurisprudence a parfois fait preuve d'une certaine souplesse ; elle a ainsi admis que la clause de "rachat et de résiliation" de son contrat par un joueur de football pour le cas où le club resterait en 2<sup>e</sup> division, "n'a pas pour effet de conférer à elle seule au contrat de travail un caractère indéterminé" (27). Curieuse distinction qui laisse subsister le contrat à durée déterminée alors que la clause de rachat pouvait s'analyser en une clause résolutoire, sinon en une clause de résiliation unilatérale. Quoiqu'il en soit, de telles clauses supposent une interprétation de la volonté des parties et relèvent de la méthode de qualification classique. L'action doit donc rester ouverte à l'employeur, ce qui ne semblait pas contesté en l'espèce.

21 - Quant aux clauses pénales ou de dédit-formation (28), si leur validité peut poser problème au regard des dispositions de l'article L. 122-3-8 C. Trav., elles restent à notre sens sans incidence sur l'existence du terme ou la durée du contrat puisqu'elles régissent seulement les conséquences financières d'une rupture déjà consommée.

22 - 2<sup>e</sup> S'agissant maintenant des clauses organisant la stabilité du contrat, on peut d'abord s'interroger sur le cas des clauses de reconduction et de renouvellement (29). À la frontière entre les deux types d'action en requalification, elles constituent plutôt aujourd'hui une partie intégrante de la réglementation d'ordre public du C.D.D., que la loi prescrive le nombre ou la forme des renouvellements autorisés ou le temps de latence entre deux contrats. À ce titre elles relèveraient plutôt de la requalification-sanction d'un contrat irrégulier et l'employeur ne pourrait s'en prévaloir. Au demeurant leur méconnaissance affecte le terme du contrat puisque celui-ci devient imprévisible. En l'absence de durée du contrat, la jurisprudence requalifie de longue date les contrats saisonniers ou d'usage régulièrement reconduits

(26) Ceci résulte implicitement de l'article L. 122-3-8 C. Trav., du code du travail, texte que les parties ne peuvent éluder par convention. Cass. soc. 11 mai 1988 : Bull. civ., V, p. 187, n° 283 ; Aix, 14<sup>e</sup> ch., 28 mars 1990, Poupel c/ Nourredine Graa, Fichier Centre de Droit Social : La clause résolutoire de plein droit est illicite dans un CDD. Comp. Cass. soc. 27 mai 1992, Droit du Travail, juillet 1992. D'une façon générale, en droit des obligations, le législateur comme le juge marquent aujourd'hui leur hostilité à de telles clauses, V. J. Mestre in R.T.D. Civ. 1992, p. 92.

(27) Cass. soc. 18 mars 1992, D. 1992, I.R., p. 107 ; R.J.S. n° 5/92, n° 585.

(28) Cass. soc. 17 juillet 1991, R.J.S. 1991, p. 561, n° 1072 : licéité de la clause de dédit-formation dans un C.D.I. : F. Gaudu, Fidélité et Rupture, Dr. soc. 419 ; Dans certains contrats à durée déterminée de formation, la clause de dédit-formation est déclarée illicite (contrats de qualification, d'adaptation et d'orientation : art. L. 981-10).

(29) Encore faut-il qu'il s'agisse de véritables clauses de ce type. Cass. soc. 9 mai 1990, Jurisp. soc. UIMM 1990, p. 311 : sur l'interprétation judiciaire d'une clause particulièrement ambiguë par laquelle l'employeur s'engageait à poursuivre les relations contractuelles au-delà du terme... : J. Mestre, "Les clauses d'avenir", p. 161 in Les principales clauses des contrats conclus entre professionnels, Travaux de l'I.D.A. Aix-Marseille 1990.

en un "ensemble à durée globale indéterminée" (30). Si l'on considère qu'il s'agit plutôt de vices de fond ou de forme du C.D.D., l'employeur ne pourrait s'en prévaloir pour agir en requalification.

23 - Le cas des engagements pour une durée minimale (3 ans au moins, par exemple) est différent. Il ne s'agit pas d'un véritable contrat à durée déterminée mais généralement d'un contrat à durée indéterminée affecté d'une garantie d'emploi, sans que la limitation (et non l'exclusion) de la faculté de résiliation unilatérale leur fasse perdre cette qualification (31). Le problème ne se pose donc pas.

24 - 3° On doit enfin mentionner le cas des clauses conventionnelles imposant une qualification déterminée. Ainsi lorsqu'un accord d'entreprise prévoit, contrairement à la convention collective, que les "contrats saisonniers" sont des contrats à durée indéterminée, l'employeur, peut-il tout comme les salariés, se prévaloir de la qualification ou la discuter ? Considérant qu'il s'agit d'un problème "d'interprétation de la volonté commune", la Cour d'appel d'Aix-en-Provence l'a admis (32). Les salariés ne sont donc pas fondés à invoquer leur "maîtrise" de la qualification pour dénier à l'employeur le droit d'invoquer la qualification intentionnellement retenue par la convention collective.

Dès lors que le juge admet de tenir compte de l'intention des parties, d'autres questions se poseront. Les enjeux essentiels résident dans la portée de la jurisprudence de 1987, dans le droit de l'employeur d'agir en requalification, dans l'étendue du pouvoir du juge et, au-delà, dans la conception de la requalification. L'arrêt du 27 mars 1991 a franchi un pas dans une situation particulièrement propice. Sera-t-il suivi d'autres ?

(30) G. Poulain, op. cit., p. 274 ; G. Couturier précit. pp. 144 et p. 165 ; Cass. soc. 11 janvier 1985 : Bull. V. p. 52, n° 274 ; Cass. soc. 11 déc. 1991 Sem. soc. Lamy 1992, n° 584. La jurisprudence qui continue de prospérer aujourd'hui sur un autre fondement que celui de l'absence de terme, celui de la permanence de l'emploi, Cass. soc. 11 déc. 1990, R.J.S. 1991/2, p. 92, n° 160.

(31) De telles clauses donnent un caractère indéterminé aux relations contractuelles avec toutefois l'obligation de respecter la durée "minimale" prévue au contrat. Cf. Paris 16 oct. 1987, B.S. Lefebvre 1988, Inf. 247, p. 94 ; Paris 8 mars 1990, D. 1990, somm. 125 ; Cass. soc. 21 mars 1990 ; R.J.S. p. 267, n° 350 et 358 ; Cass. soc. 11 déc. 1990, Dr. trav. fév. 1991, p. 20 (contrat d'adaptation assorti de garantie minimale d'emploi) ; Cass. soc. 3 oct. 1991, Sem. soc. Lamy 1991, n° 571 (garantie jusqu'à la retraite) ; Aix, 9° ch. 9 mars 1992, Sa Éditeur Saint-Lambert, Fichier Centre de Droit Social (durée minimum d'emploi assortie d'une clause d'indemnisation progressive). Plus généralement, en l'absence de précision sur la durée exacte du contrat, il s'agit d'un contrat qui ne comporte pas de terme, Cass. soc. 8 oct. 1987 : Bull. civ. V, p. 342, n° 537 : contrat conclu pour une durée minimum de trois ans ; 12 déc. 1990 : Bull. inf. C. Cass. 15 fév. 1991, p. 11, n° 248 ; Comp. J. Savatier, Les garanties contractuelles de stabilité d'emploi : Dr. soc. 1991, p. 413 s.

(32) Aix, 14° ch. 12 nov. 1991, Cannes Balnéaire S.A Casino Palm Beach c/ Sarrebeyroux, Fichier Centre de Droit Social.

## ANNEXE

27 mars 1991

Rejet.

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que M. Martino a été engagé par la société France immobilier en qualité de directeur chargé de la commercialisation d'un parc immobilier géré par cette société, par contrat conclu pour 2 ans à partir du 1er juillet 1980, auquel a succédé un autre contrat dont le terme était fixé au 1er juillet 1985 ; qu'à la suite d'un différend entre les parties sur le paiement des commissions prévues au contrat, le salarié a été convoqué à un entretien préalable qui a eu lieu le 7 janvier 1983 ; que le même jour, le salarié a signé un document constatant un accord des parties pour le paiement d'une somme de 30.000 francs ; que par lettre du 11 janvier, l'employeur a informé le salarié qu'il cesserait son activité au sein de la société le 31 du même mois ;

Sur la fin de non-recevoir soulevée par la défense : (*sans intérêt*) ;

Sur le premier moyen :

Attendu que le salarié fait grief à l'arrêt d'avoir décidé que son contrat était à durée indéterminée, alors, selon le moyen, que si la société n'a pas respecté les dispositions de l'ordonnance du 5 février 1982, les limites au recours au contrat à durée déterminée prévues par ce texte n'ayant été édictées que dans le seul intérêt du salarié et dans le but de le protéger contre les abus faits de ce type de contrat, seul le salarié peut se prévaloir ou ne pas se prévaloir du contrat affecté d'un vice ; qu'il y a lieu en conséquence d'analyser les conventions auxquelles les parties ont fixé une limite dans le temps comme des conventions à durée déterminée et faire application des dispositions de l'article L. 122-3-9 du Code du travail ;

Mais attendu qu'ayant relevé que le contrat comportait une clause de dénonciation par l'une ou l'autre des parties, la cour d'appel a décidé à bon droit que le contrat était à durée indéterminée ;

Sur les deuxième, troisième et quatrième moyens : (*sans intérêt*) ;

PAR CES MOTIFS :

REJETTE le pourvoi.

N° 87.41.535.

M. Martino

contre société France immobilier.

Président : M. Cochard. - Rapporteur : Mlle Sant. - Avocat général : M. Franck. - Avocat : M. Cossa.



# LE FILM, LA COUPURE ET LE JUGE

Note sous C.E. 26 juillet 1991, SA. La Cinq c/CSA  
Rec., p. 298

Par

Alain BOYER

*Maître de Conférences à l'Université d'Orléans*

Par cet arrêt du 26 juillet 1991, le Conseil d'État rappelle la définition de l'œuvre cinématographique au sens de la loi relative à la liberté de la communication audiovisuelle et applique le contrôle de proportionnalité sur une sanction pécuniaire prononcée par le Conseil Supérieur de l'Audiovisuel.

Le 23 janvier 1989, la société La Cinq interrompt la diffusion d'une œuvre intitulée "Chasseur de gang" par quatre coupures publicitaires. Ce comportement décide l'autorité régulatrice de l'audiovisuel à engager une procédure de sanction administrative à l'encontre de l'opérateur sur le fondement de la loi relative à la liberté de communication audiovisuelle.

La procédure de sanction des infractions à la légalité audiovisuelle est prévue par les articles 42 et suivants de la loi (1). Ces dispositions instituent une procédure comportant plusieurs phases visant tout à la fois à l'établissement de la matérialité des faits reprochés au contrevenant et à garantir le respect des droits de la défense de celui-ci.

La première phase est celle du constat. En l'espèce, le service compétent du Conseil supérieur de l'audiovisuel observe que l'œuvre intitulée "Chasseur de gang" diffusée par La Cinq a fait l'objet de quatre coupures publicitaires. La deuxième phase ouvre une option à l'autorité régulatrice de l'audiovisuel :

---

(1) L'article 42-1 de la loi relative à la liberté de communication dispose que : "Si le titulaire d'une autorisation pour l'exploitation d'un service de communication audiovisuelle ne respecte pas les obligations ci-dessus mentionnées ou ne se conforme pas aux mises en demeure qui lui ont été adressées, le Conseil supérieur de l'audiovisuel peut prononcer à son encontre, compte tenu de la gravité du manquement, une des sanctions suivantes :

1° - la suspension, après mise en demeure, de l'autorisation ou d'une partie du programme pour un mois au plus ;  
2° - la réduction de la durée de l'autorisation dans la limite d'une année ;  
3° - une sanction pécuniaire assortie éventuellement d'une suspension de l'autorisation ou d'une partie du programme, si le manquement n'est pas constitutif d'une infraction pénale ;  
4° - le retrait de l'autorisation".

- soit, elle met en demeure (2) l'opérateur de cesser son comportement ou à tout le moins de l'expliquer, une réponse insatisfaisante ou l'absence de réponse pouvant entraîner la mise en œuvre de la procédure de sanction proprement dite,

- soit, elle décide d'engager immédiatement la procédure de sanction stricto sensu (3). En l'espèce, le Conseil supérieur de l'audiovisuel opte pour cette seconde possibilité. L'autorité régulatrice de l'audiovisuel demande au vice-président du Conseil d'État de désigner un rapporteur puis elle notifie les griefs et le rapport au titulaire de l'autorisation qui peut consulter le dossier et présenter ses observations écrites dans le délai d'un mois. La troisième phase est celle du prononcé de la sanction. À cette occasion, le Conseil supérieur de l'audiovisuel entend les observations orales de l'opérateur qui peut se faire représenter et du rapporteur mais aussi toute personne dont l'audition lui paraît susceptible de contribuer utilement à son information. En l'espèce, l'autorité régulatrice, après avoir entendu le représentant de La Cinq et le rapporteur désigné par le vice-président du Conseil d'État, inflige à celle-ci une sanction pécuniaire de 4.000.000 F.

Mécontente de cette décision, La Cinq décide de saisir le Conseil d'État, compétent en premier et dernier ressort, d'un recours de pleine juridiction. Elle conteste tant la légalité de la sanction que son montant. Son recours est articulé autour de trois moyens : défaut de motivation de la décision, erreur de droit tenant à l'interprétation de l'article 73 de la loi, montant excessif de la sanction pécuniaire prononcée.

Le Conseil d'État rejette le recours et juge, d'une part, que la motivation de la décision qui rappelle les éléments de fait et de droit est suffisante, d'autre part, que l'interprétation de l'article 73 de la loi n'est pas erronée, et enfin, que le montant de la sanction est justifié. Cet arrêt soulève deux problèmes juridiques, le premier ayant trait à la régularité de la décision et le second portant sur son bien-fondé. Le premier problème ne soulève que peu de difficultés. La Cinq estime que la décision du Conseil supérieur de l'audiovisuel est insuffisamment motivée. Le Conseil d'État rejette à bon droit ce moyen en jugeant, conformément à une jurisprudence bien établie, qu'une motivation concise n'est pas illégale à condition toutefois, d'indiquer les éléments de fait et de droit justifiant la décision. Tel est le cas en l'espèce, la décision de l'autorité régulatrice étant rédigée de la façon suivante : "Considérant que la société La Cinq a diffusé, le 23 janvier 1989, une œuvre cinématographique intitulée "Chasseur de gang" ; que cette œuvre a fait l'objet de quatre interruptions publicitaires ; que la société a ainsi méconnu tant les dispositions de l'article 73 de la loi du 30 septembre 1986 susvisée que celles de l'article 17 (2ème alinéa) de la décision n° 87-12 du 25 février 1987 susvisée ; que, compte tenu de la gravité du manquement et de l'avantage qu'en a retiré la société, il y a lieu d'infliger à celle-ci

(2) A. Boyer, "Les mises en demeure de l'article 42 de la loi relative à la liberté de communication : mesures préparatoires, mesure préalable, sanctions administratives ?", R.R.J. 1992-2, p. 539.

(3) L'article 42-7 prévoit que : "Les sanctions prévues aux 2°, 3° et 4° de l'article 42-1 ainsi que celles de l'article 42-3 sont prononcées dans les conditions prévues au présent article.

Le vice-président du Conseil d'État désigne un membre de la juridiction administrative chargé d'instruire le dossier et d'établir un rapport. Le rapporteur peut présenter des observations orales. Il assiste au délibéré avec voix consultative.

Le Conseil supérieur de l'audiovisuel notifie les griefs et le rapport au titulaire de l'autorisation pour l'exploitation d'un service de communication audiovisuelle qui peut consulter le dossier et présenter ses observations écrites dans le délai d'un mois. En cas d'urgence, le président du Conseil supérieur de l'audiovisuel peut réduire ce délai sans pouvoir le fixer à moins de sept jours.

Le titulaire de l'autorisation est entendu par le Conseil supérieur de l'audiovisuel. Il peut se faire représenter. Le Conseil supérieur de l'audiovisuel peut également entendre toute personne dont l'audition lui paraît susceptible de contribuer utilement à son information".

une sanction pécuniaire de 4.000.000 ;" (4). Nous ne développerons, dans ce commentaire, que le second problème relatif au bien-fondé de la décision car il permet d'évoquer deux questions intéressantes au premier chef le droit de l'audiovisuel, c'est-à-dire d'une part le critère d'identification de l'œuvre cinématographique et, d'autre part, le contrôle exercé par le juge administratif sur une décision de sanction. Nous aborderons le contrôle du fondement de la sanction puis le contrôle du prononcé de la sanction.

## I - LE CONTRÔLE DU FONDEMENT DE LA SANCTION : LA NOTION D'ŒUVRE CINÉMATOGRAPHIQUE

Le Conseil d'État rappelle le critère d'identification de l'œuvre cinématographique, tel qu'il s'impose au pouvoir réglementaire.

### A - Le critère de l'œuvre cinématographique

La société La Cinq estime que l'œuvre intitulée "Chasseur de gang" a été à tort considérée comme constituant une œuvre cinématographique dans la mesure où bien qu'ayant fait l'objet d'une représentation en salle aux États-Unis, elle n'a pas été exploitée en salle en France et doit alors être qualifiée d'œuvre de télévision. L'argumentation de la requérante a aujourd'hui perdu de sa pertinence car l'article 73 de la loi de 1986, qui interdisait que la diffusion d'une œuvre cinématographique ne fasse l'objet de plus d'une coupure publicitaire, a été étendu par la modification de 1989 à toutes les œuvres audiovisuelles (5). Malgré tout, la distinction œuvre cinématographique - œuvre de télévision garde de son intérêt dans l'application d'autres dispositions de la loi sur la communication audiovisuelle.

Subsidièrement la société La Cinq estime qu'en qualifiant l'œuvre "Chasseur de gang" œuvre cinématographique, le Conseil supérieur de l'audiovisuel a implicitement mais nécessairement fait application d'une note de terminologie de la Commission nationale de la communication et des libertés du 31 décembre 1987 (6) ayant fait l'objet d'une annulation par le Conseil d'État (7).

(4) C.S.A., décision 89-154 du 1er août 1989 infligeant une sanction à la société La Cinq, JORF, 5 septembre 1989, p. 11224.

(5) L'article 73 de la loi relative à la liberté de communication dispose aujourd'hui que : "Sans préjudice des dispositions de la loi n° 85-660 du 3 juillet 1985 précitée, la diffusion d'une œuvre cinématographique ou audiovisuelle par un service de communication audiovisuelle ne peut faire l'objet de plus d'une interruption publicitaire, sauf dérogation accordée par le Conseil supérieur de l'audiovisuel. Le message publicitaire doit être clairement identifiable comme tel.

"L'interruption publicitaire ne peut contenir que des messages publicitaires à l'exclusion de tout autre document, donnée au message de toute nature, notamment bande-annonce, bandes d'auto-promotion.

"Toutefois, la diffusion d'une œuvre cinématographique par les sociétés nationales de programme visées à l'article 44 de la présente loi et par les services de télévision dont le financement fait appel à une rémunération de la part des usagers ne peut faire l'objet d'aucune interruption publicitaire.

"Le sous-titrage publicitaire des œuvres cinématographiques est interdit, de même que toute interruption publicitaire des œuvres cinématographiques diffusées dans le cadre d'émissions de cinéma-club".

(6) CNCL, décision 87-361 du 31 décembre 1987 portant note de terminologie relative à certains termes ou expressions employés en matière de programmes télévisés dans les décisions de la CNCL, JORF, 13 janvier 1988, p. 581.

(7) Sur l'application de la note de terminologie par le juge judiciaire, Voir C.A. Paris, 19 octobre 1988, "La Cinq" c/Fédération nationale des cinémas français et autres, Les Petites Affiches, 13 janvier 1989, p. 6, obs. Guyot-Sionnest, Ch. Debbasch, note D. 1989, p. 218 et "Les grands arrêts du droit de l'audiovisuel", Coll. Droit public, Sirey, 1991, p. 305 ; sur l'annulation de la note de terminologie par le juge administratif, Voir C.E., 16 novembre 1990, "La Cinq", AJDA, 1991, p. 215, concl. Stirn, AJDA, 1991, p. 214 ; sur la position divergente du juge judiciaire et du juge administratif, Voir Ch. Debbasch,

Le Conseil d'État, conformément aux conclusions du commissaire du gouvernement, rejette cette argumentation et juge que le critère d'identification de l'œuvre cinématographique comporte deux éléments : l'exploitation en salle, la volonté des réalisateurs. En l'espèce, l'œuvre "Chasseur de gang" ayant fait l'objet d'une exploitation significative en salle aux États-Unis, la volonté des auteurs de réaliser une œuvre cinématographique est démontrée. Dès lors, l'œuvre "Chasseur de gang" doit être regardée au sens de la loi sur la communication audiovisuelle comme une œuvre cinématographique.

D'autre part, le Conseil d'État considère que la requérante ne peut se prévaloir de l'illégalité de la note de terminologie dès lors que "la décision attaquée, qui ne s'y réfère pas, procède d'une qualification donnée par le Conseil supérieur de l'audiovisuel lui-même de l'œuvre audiovisuelle en cause au regard des dispositions précitées de l'article 73 de la loi du 30 septembre 1986" ; ce faisant, le juge administratif applique une jurisprudence traditionnelle qui impose à une autorité administrative disposant d'un pouvoir discrétionnaire de l'exercer pleinement.

## B - La portée

La portée de cet arrêt en tant qu'il indique le critère d'identification de l'œuvre cinématographique est difficile à déterminer. Le commissaire du gouvernement Stirn souligne dans ses conclusions que : "Même si elle n'a pas fait l'objet d'une diffusion en salle en France et si elle n'a pas reçu le visa délivré en vue d'une telle diffusion par le C.N.C., une production d'origine étrangère présente le caractère d'œuvre cinématographique dès lors qu'elle a été conçue comme telle par ses réalisateurs. L'interdiction de pratiquer plus d'une coupure publicitaire a été prévue par le législateur précisément pour préserver le caractère d'une telle œuvre. Aussi la diffusion en salles de cinéma dans le pays d'origine est-elle un élément d'appréciation important" (8). Ainsi, le commissaire du gouvernement fonde son raisonnement sur l'intention des réalisateurs, l'exploitation économique de l'œuvre n'étant qu'un révélateur parmi d'autres de cet élément psychologique. Le Conseil d'État reprend cette analyse et juge que : "Considérant que les dispositions précitées, par lesquelles le législateur a entendu éviter que la diffusion des œuvres présentant le caractère d'œuvres cinématographiques, ne soit altérée du fait de coupures publicitaires répétées, visent toutes les œuvres audiovisuelles qui, en raison des conditions dans lesquelles elles ont été conçues et exploitées, peuvent être qualifiées d'œuvres cinématographiques, alors même qu'elles n'ont pas fait l'objet d'une exploitation en salle de cinéma en France". Contrairement à son commissaire du gouvernement, le Conseil d'État ne fait pas de l'élément psychologique l'élément déterminant de la définition de l'œuvre cinématographique et considère que cette dernière est définie par l'intention des auteurs mais aussi par son exploitation économique révélateur nécessaire et obligatoire de l'élément psychologique. M. Théron, dans ses observations sous cet arrêt, estime que : "En faisant référence à la conception de l'œuvre, il a manifesté la volonté d'assurer la protection de l'intention de ses auteurs au-delà du critère purement économique de l'exploitation. Il reste qu'il s'agit là d'un élément assez subjectif. En relevant que l'exploitation en salle dans le pays d'origine "de manière significative" a fondé la mesure prise par le CSA, le Conseil d'État a

---

"À propos de la distinction entre les films et les œuvres audiovisuelles (Sur quelques dysfonctionnements des systèmes administratif et juridictionnel), D. 1991, chr. n° 36, p. 179.  
(8) Concl. du commissaire du gouvernement Stirn non publiées.

mis en avant un critère plus facile à mettre en œuvre car plus objectif" (9). Cette appréciation, portée par M. Théron, sur la position adoptée par le Conseil d'État, nous paraît justifiée. Toutefois, il faut, nous semble-t-il, garder en mémoire que, dans le domaine des œuvres de l'esprit, l'application de critère purement objectif peut se révéler malencontreuse. Les critères "objectifs" ne peuvent servir qu'à établir l'élément psychologique qui doit rester, pensons-nous, l'élément déterminant. La protection de l'œuvre instituée par les droits d'auteur fait d'ailleurs de l'intention des artistes un élément majeur du mécanisme.

Aujourd'hui, le décret du 17 janvier 1990 (10) fixe la définition de l'œuvre cinématographique en s'appuyant sur un double critère objectif : le visa d'exploitation délivré par le centre national de la cinématographie, l'exploitation significative de l'œuvre en salle. Une nuance apparaît ainsi entre la définition jurisprudentielle -mêlant la subjectivité de la volonté des réalisateurs à l'objectivité de l'exploitation en salle- et la définition réglementaire de l'œuvre cinématographique purement objective. On peut alors s'interroger sur la position qu'adopterait aujourd'hui le juge administratif. Admettrait-il la définition donnée par le décret ? Il nous est impossible d'y répondre. En revanche, il convient de rappeler que, le juge administratif étant juge de la légalité des actes réglementaires, la définition d'une notion par un acte réglementaire ne sera appliquée par le juge administratif qu'à la condition qu'il estime que l'acte est conforme à la loi. On ne doit toutefois pas exagérer la portée de cette nuance car la loi du 17 janvier 1989 a modifié l'article 73 de la loi relative à la liberté de communication qui signifie, en droit positif, "d'une part, l'autorisation -sauf opposition des auteurs- d'interrompre une fois (sauf dérogation accordée par le Conseil supérieur de l'audiovisuel) la diffusion d'une œuvre cinématographique ou audiovisuelle, d'autre part, que ladite interruption ne peut contenir que des messages publicitaires à l'exclusion de toute autre forme de message, et enfin, que les bandes-annonces ou les bandes d'auto-promotion ne sont pas des messages publicitaires au sens de la loi" (11).

## II - LE CONTRÔLE DU PRONONCÉ DE LA SANCTION

Le Conseil d'État applique, au prononcé de la sanction, un contrôle de proportionnalité. Un tel contrôle a pour effet d'encadrer au plus près la prise de tels actes par l'autorité régulatrice de l'audiovisuel et d'assurer une certaine individualisation de la sanction.

### A - L'application du contrôle de proportionnalité

La société La Cinq estime que la sanction de 4.000.000 F., prononcée à son encontre par le Conseil supérieur de l'audiovisuel, est excessive au regard de l'avantage que son comportement délictueux lui a procuré. L'opérateur demande ainsi implicitement au Conseil d'État de procéder à un contrôle de proportionnalité. Cette demande est étayée par deux éléments. D'une part, le juge administratif s'est déjà reconnu compétent pour effectuer un contrôle entier, dans le cadre d'un recours pour excès de pouvoir, sur une sanction pécuniaire prise par l'autorité régulatrice de

(9) J.-P. Théron, obs. sous C.E., 26 juillet 1991, AJDA, 1991, p. 911.

(10) Décret 90-66 du 17 janvier 1990, JORF, 18 janvier 1990, p. 757.

(11) A. Boyer, "Les mises en demeure de l'article 42 de la loi relative à la liberté de communication : mesures préparatoires, mesures préalables, sanctions administratives ?", R.R.J. 1992-2, p. 539, spéc. p. 546.

l'audiovisuel (12). D'autre part, la loi impose au Conseil supérieur de l'audiovisuel de tenir compte, lors de la fixation du montant de la sanction pécuniaire, de la gravité du manquement commis et des avantages retirés par le contrevenant (13).

Le Conseil d'État, conformément aux conclusions de son commissaire du gouvernement, applique le contrôle de proportionnalité et juge que : "considérant qu'eu égard à la gravité du manquement commis par la société requérante en interrompant à quatre reprises la diffusion d'une même œuvre cinématographique, et compte tenu de l'avantage financier que lui a prouvé cette irrégularité, avantage dont il résulte de l'instruction qu'il s'élève à la somme de 2.448.000 F., le Conseil supérieur de l'audiovisuel n'a pas fait une appréciation erronée des circonstances de l'affaire en infligeant à la SA. La Cinq une sanction pécuniaire d'un montant de 4.000.000 F. ; "La lecture de ce considérant nous montre que le contrôle de proportionnalité réalisé par le juge administratif est particulièrement précis. Il vérifie l'adéquation de la mesure aux circonstances de l'espèce. Ce faisant, le juge administratif se place exactement dans le droit fil de la décision du Conseil constitutionnel relative à la loi du 17 janvier 1989 (14) et permet d'assurer une certaine individualisation de la sanction.

## **B - La portée d'une telle décision**

Cet arrêt traduit l'application par le juge administratif de l'interprétation directive de la loi du 17 janvier 1989 par le juge constitutionnel. Ce dernier avait estimé que : "Considérant que le pouvoir d'infliger les sanctions énumérées à l'article 42-1 est conféré au Conseil supérieur de l'audiovisuel qui constitue une instance indépendante ; qu'il résulte des termes de la loi qu'aucune sanction ne revêt un caractère automatique ; que, comme le prescrit l'article 42-6, toute décision prononçant une sanction doit être motivée ; que la diversité des mesures susceptibles d'être prises sur le fondement de l'article 42-1 correspond à la volonté du législateur de proportionner la répression à la "gravité du manquement" reproché au titulaire d'une autorisation ; que le principe de proportionnalité doit pareillement recevoir application pour l'une quelconque des sanctions énumérées à l'article 42-1 ; qu'il en va ainsi en particulier des sanctions pécuniaires prévues au 3° de cet article ;" Le Conseil constitutionnel impose clairement, tant à l'autorité régulatrice de l'audiovisuel lors du prononcé de la sanction qu'au juge administratif au moment du contrôle, l'application du principe de proportionnalité. Une telle jurisprudence limite les pouvoirs des organes chargés de la mise en œuvre de la loi mais elle n'emporte pas obligatoirement une protection maximale des opérateurs. En effet, M. Philippe a pu montrer dans un ouvrage consacré au principe de proportionnalité que ce dernier était susceptible de variation (15). Ainsi, l'erreur manifeste d'appréciation constitue, au même titre que l'adéquation de la mesure aux circonstances, l'application du contrôle de proportionnalité. Le Conseil d'État, en choisissant d'appliquer un

(12) C.E. 1er mars 1991, Le Cun, AJDA, 1991, p. 401 et Chr. p. 358 ; RFDA 1991, p. 612; concl. M. de Saint-Pulgent.

(13) L'article 42-2 de la loi relative à la communication audiovisuelle dispose que : "Le montant de la sanction pécuniaire doit être fonction de la gravité des manquements commis et en relation avec les avantages tirés du manquement par le service autorisé, sans pouvoir excéder 3 % du chiffre d'affaires hors taxes, réalisé au cours du dernier exercice clos calculé sur une période de douze mois. Ce maximum est porté à 5 % en cas de nouvelle violation de la même obligation".

(14) Décision 88-248 DC du 17 janvier 1989, JORF 13 janvier 1989, p. 754 ; J.-L. Autin, RA 1989, p. 223 ; B. Genevois, RFDA, 1989, p. 215 ; L. Favoreu, L. Philip, GDCC, 6ème éd., p. 723 ; Ch. Debbasch, "Les grands arrêts du droit de l'audiovisuel", Coll. droit public, Sirey, 1991, p. 319.

(15) X. Philippe, "Le contrôle de proportionnalité dans les jurisprudences constitutionnelles et administratives françaises", Paris, Economica, 1990.

contrôle de proportionnalité de forte intensité aux sanctions administratives, rappelle son rôle traditionnel de protecteur des libertés publiques.

Enfin, le contrôle de l'adéquation de la sanction aux circonstances permet une certaine individualisation de la peine. Le Conseil d'État complète ainsi la jurisprudence constitutionnelle qui vise à rapprocher les sanctions administratives des sanctions pénales (16). Les sanctions administratives doivent répondre aux exigences suivantes :

- la légalité des délits et des peines,
- la nécessité de la peine,
- la non-rétroactivité de la loi pénale d'incrimination plus sévère,
- le respect des droits de la défense,
- l'individualisation de la peine.

\* \_ \* \_ \* \_ \*

## ANNEXE

Vu la requête, enregistrée le 13 octobre 1989 au secrétariat du Contentieux du Conseil d'État, présentée pour la Société Anonyme "LA CINQ", dont le siège social est 241, boulevard Péreire à Paris (75017), représentée par son président directeur général; la Société Anonyme "LA CINQ" demande l'annulation de la décision n° 89-154 du 1er août 1989 par laquelle le Conseil supérieur de l'audiovisuel l'a condamnée à verser au Trésor la somme de 4.000.000 F ;

.....  
Vu les autres pièces du dossier;

Vu la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 ;

Vu la loi n° 89-25 du 17 janvier 1989 ;

Vu l'ordonnance n° 45-1708 du 31 juillet 1945, le décret n° 53-934 du 30 septembre 1953 et la loi n° 87-1127 du 31 décembre 1987 ;

Après avoir entendu:

- le rapport de M. Damien, Conseiller d'État,

- les observations de la S.C.P. de Chaisemartin, avocat de la Société Anonyme "LA CINQ".

- les conclusions de M. Stirn, Commissaire du gouvernement ;

### Sur la régularité de la décision attaquée :

Considérant qu'en relevant qu'en méconnaissance des dispositions de l'article 73 de la loi du 30 septembre 1986 et de celles de l'article 17 de la décision du 25 février 1987 autorisant la S.A. "LA CINQ" à exploiter un service de télévision, cette société avait interrompu, à quatre reprises, la diffusion de l'œuvre cinématographique intitulée "Chasseur

---

(16) En ce sens, le juge constitutionnel, dans la décision 88-248 DC du 17 janvier 1989, indique que : "Considérant qu'il résulte de ces dispositions, comme des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République, qu'une peine ne peut être infligée qu'à la condition que soient respectés le principe de légalité des délits et des peines, le principe de nécessité des peines, le principe de non-rétroactivité de la loi pénale d'incrimination plus sévère ainsi que le principe du respect des droits de la défense ; "Considérant que ces exigences ne concernent pas seulement les peines prononcées par les juridictions répressives mais s'étendent à toute sanction ayant le caractère d'une punition même si le législateur a laissé le soin de la prononcer à une autorité de nature non judiciaire ;".

de gang" et que, compte-tenu de la gravité du manquement et de l'avantage qu'en avait retiré ladite société, il y avait lieu d'infliger à celle-ci une sanction pécuniaire d'un montant de quatre millions de francs, le Conseil supérieur de l'audiovisuel a suffisamment indiqué les éléments de droit et de fait qui fondent la sanction litigieuse et a, de ce fait, satisfait aux exigences de l'article 42-6 de la loi du 30 septembre 1986 modifiée par la loi du 17 janvier 1989 ;

Sur le bien-fondé de la sanction :

Considérant qu'aux termes du 1er alinéa de l'article 73 de la loi du 30 septembre 1986, dans sa rédaction en vigueur à la date des faits reprochés à la société requérante : "Sans préjudice des dispositions de la loi n° 85-660 du 3 juillet 1986, la diffusion d'une œuvre cinématographique par un service de communication audiovisuelle ne peut faire l'objet de plus d'une interruption publicitaire sauf dérogation accordée par le Conseil supérieur de l'audiovisuel..." ;

Considérant que les dispositions précitées, par lesquelles le législateur a entendu éviter que la diffusion des œuvres présentant le caractère d'œuvres cinématographiques, ne soit altérée du fait de coupures publicitaires répétées, visent toutes les œuvres audiovisuelles qui, en raison des conditions dans lesquelles elles ont été conçues et exploitées, peuvent être qualifiées d'œuvres cinématographiques, alors même qu'elles n'ont pas fait l'objet d'une exploitation en salle de cinéma en France ; que, dès lors, le Conseil supérieur de l'audiovisuel en se fondant, pour apprécier le caractère du film intitulé "Chasseur de gang", sur la circonstance que cette œuvre, même si elle était inédite en salle de cinéma en France, avait été exploitée de manière significative dans les salles de cinéma de son pays d'origine, n'a pas fait une interprétation erronée de l'article 73 de la loi du 30 septembre 1986 susvisée ;

Considérant que si, par une décision du 16 novembre 1990, le Conseil d'État, statuant au contentieux, a annulé la "note de terminologie" de la Commission nationale de la communication et des libertés en date du 31 décembre 1987 en tant qu'elle disposait, notamment, que la qualification comme "fiction cinématographique" des œuvres audiovisuelles étrangères inédites en salle de cinéma en France ferait l'objet d'une décision conjointe de la commission et du centre national de la cinématographie, la société requérante ne saurait utilement se prévaloir de l'illégalité dont était entachée sur ce point ladite note, dès lors que la décision attaquée, qui ne s'y réfère pas, procède d'une qualification donnée par le Conseil supérieur de l'audiovisuel lui-même de l'œuvre audiovisuelle en cause au regard des dispositions précitées de l'article 73 de la loi du 30 septembre 1986 ;

Considérant qu'aux termes de l'article 42-2 de la loi du 30 septembre 1986 modifiée par la loi du 17 janvier 1989 : "Le montant de la sanction pécuniaire doit être fonction de la gravité des manquements commis et en relation avec les avantages tirés du manquement par le service autorisé, sans pouvoir excéder 3 % du chiffre d'affaires hors taxes, réalisé au cours du dernier exercice clos calculé sur une période de douze mois. Ce maximum est porté à 5 % en cas de nouvelle violation de la même obligation..." ;

Considérant qu'eu égard à la gravité du manquement commis par la société requérante en interrompant à quatre reprises la diffusion d'une même œuvre cinématographique, et compte-tenu de l'avantage financier que lui a procuré cette irrégularité, avantage dont il résulte de l'instruction qu'il s'élève à la somme de 2.448.000 F, le Conseil supérieur de l'audiovisuel n'a pas fait une appréciation erronée des circonstances de l'affaire en infligeant à la S.A. "LA CINQ" une sanction pécuniaire d'un montant de 4.000.000 F ;

DECIDE :

Article 1er : La requête de la S.A. "LA CINQ" est rejetée.

Article 2 : La présente décision sera notifiée à la S.A. "LA CINQ", au Conseil supérieur de l'audiovisuel et au ministre de la culture et de la communication.

R.R.J. 1992-3  
Pages 881 à 886

- X -

**ACTUALITÉS DOCTRINALES**



## "ÉCONOMIE DE LA JUSTICE SOCIALE - REPÈRES ÉTHIQUES DU CAPITALISME"

Par Claude GAMEL

Éditions Cujas - Collection "Regards sur notre temps"  
135 pages - mars 1992

Présentation par

Xavier PHILIPPE, *Professeur de droit public*  
Emmanuel PUTMAN, *Professeur de droit privé*

Le brin de provocation qui est mis au sous-titre attirera à ce livre des lecteurs, intrigués par cette tentative de fonder "déontologiquement" le libéralisme économique en tant que principe de régulation sociale. Spécialiste ou néophyte de la science économique, philosophe, "honnête homme", quiconque a reçu en héritage la "lucidité amère" d'un Hayek trouvera ici un antidote. "Droit, législation et liberté", le "magnum opus" hayekien, repose sur la vision d'un ordre social spontané, dont la complexité échappe aux desseins de tout prétendu "agent répartiteur", et où, face au mécanisme impersonnel du marché, qui ne rétribue pas forcément le mérite et l'effort, la parfaite égalité des chances constitue une impossibilité, et l'injustice, une fatalité. Des règles de juste conduite, perfectionnées par le juge, codifiées par le législateur, peuvent seulement supprimer le maximum d'injustices, en ne donnant à personne un "privilège de sécurité" et en posant des principes qui aient pour effet vraisemblable de favoriser les chances de n'importe qui. S'il partage un scepticisme à l'égard de la capacité de l'État à traduire l'intérêt général, Claude Gamel, inspiré par d'autres théories économiques dont il propose un outil de connaissance compréhensible et clair, croit que l'éthique individuelle et le respect du droit peuvent suppléer le "bras séculier" de l'État, et remédier à "la mélancolie démocratique".

Au-delà du défi, relevé par l'auteur, d'une vulgarisation de la dimension économique, trop souvent éludée ou mal cernée, de la justice sociale, c'est le titre de son ouvrage qui attirera le juriste. La "justice sociale" est un concept nomade : au carrefour des sciences sociales, où se tient cette poseuse d'énigmes, l'analyse économique rencontre le droit. D'abord -dès la première partie de l'essai de Claude Gamel- elle l'aperçoit de loin, lorsque, éprise d'efficacité, utilitariste, elle recherche la meilleure répartition des richesses entre les individus. Le juriste ne voit pas au premier coup d'œil ce qui le concerne dans l'hédonisme benthamien, promoteur du "plus grand bonheur du plus grand nombre". Mais, si la convergence des intérêts en vue de maximiser l'excès de la somme des plaisirs sur la somme des peines -le bonheur, selon Bentham- n'est pas spontanée au niveau individuel, comment peut-elle l'être collectivement ? Il n'y a que deux réponses possibles. Soit, on s'en remet à l'État,

arbitre, supposé impartial et bien informé, du dosage des peines et des récompenses. Le risque dénoncé par Claude Gamel est de légitimer même l'État totalitaire ; la question posée est en tout cas celle du droit de résistance à la loi injuste, question qui ne disparaît donc pas si l'on confond le juste avec l'utile, si l'on définit la loi "juste" seulement comme celle qui assure "l'utilité" économique. Soit, il faut comme Sidgwick ("The method of ethics", 1907), s'en tirer par une "pirouette morale", l'énoncé d'un principe de "bienveillance rationnelle" selon lequel "chacun est moralement tenu de considérer autant que le sien propre le bien de n'importe quel autre individu". Mais il faut alors admettre l'extériorité de la justice sociale, la nécessité pour la société humaine de prendre sa référence en dehors d'elle, idée à laquelle tient le professeur Gamel. C'est peut-être le tort de la "nouvelle économie du bien-être", attachée à la suite de Pareto, au "moindre sacrifice du plus petit nombre", que d'avoir esquivé cette difficulté. Pour les économistes paretiens, le maximum de satisfaction économique des individus suppose à la fois le "moindre sacrifice" demandé au "plus petit nombre", et l'acceptation unanime des sacrifices, par les "sacrifiés" eux-mêmes. Mais, l'unanimité réelle étant impossible, sauf à légitimer tous les conservatismes et à nier le principe démocratique, le moindre sacrifice du plus petit nombre sera assuré par la compensation indemnitaire des pertes, instrument d'une unanimité simplement "potentielle" -d'une pseudo-unanimité-. On voit que la "nouvelle économie du bien-être" peut fonder une certaine conception du droit, vu comme la mesure des relations patrimoniales et dominé par un objectif de paiement compensatoire. À la limite on débouche sur un "anti-personnalisme", le droit ayant pour objet des relations entre des patrimoines et non plus des personnes. Les "parétiens" ne s'attachent pas tant à comparer les pertes de bien-être des victimes et les gains en satisfaction des bénéficiaires, qu'à élaborer des "tests" permettant au pouvoir politique de connaître le "prix" global d'une "bonne" réforme. Ainsi le "test de Kaldor" s'est-il demandé si l'abrogation des "Corn Laws" en 1846, qui a marqué le passage de l'Angleterre au libre échange, aurait pu se faire avec le moindre sacrifice du plus petit nombre, en indemnisant les pertes de revenus des propriétaires fonciers grâce à de nouvelles impositions des entrepreneurs et des salariés. Le risque est à la fois de justifier l'accroissement de l'intervention de l'État comme "caisse de compensation", et de transformer économiste et juriste en "mécaniciens du social" : le premier en "fabricant de tests", le second en "fabricant de textes", destinés à fournir des mécanismes compensatoires "clés en main" aux politiques. Il n'en résulte, ni "moins d'État", ni "plus d'éthique". Les juristes apprennent avec intérêt que des économistes comme Varian ("Equity, envy and efficiency", Journal of Economic Theory, n° 9, 1974) ont tenté de renforcer le "talon d'Achille" de la nouvelle économie du bien-être, en conciliant l'efficacité et l'équité -cette notion sur laquelle nous ne cessons de nous interroger, à la fois concept-aimant et concept-repoussoir du droit. Selon ces économistes, l'équité résulterait de la disparition du sentiment d'envie et caractériserait l'état où chacun préfère sa dotation à celle de quiconque. Hélas, selon Claude Gamel, l'équation justice sociale = efficacité + équité, apparaît insoluble, car requérant trop de conditions (dotation initiale des biens répartie de façon parfaitement égale entre tous les individus, gommage de leurs différences de capacités productives...). Surtout, dans l'analyse de l'envie, le juste, simple maximisation de l'efficacité, n'a toujours qu'une valeur instrumentale, "téléologique", et non "déontologique".

Avec la seconde partie de l'opuscule, consacrée à cette gageure "déontologique" d'une "procédure" juste, c'est-à-dire d'un ensemble de règles de conduite posées préalablement, extérieures dans une certaine mesure au "monde des

hommes" et que ceux-ci doivent respecter pour arriver au partage équitable des ressources et des revenus, le juriste rencontre vraiment l'économiste, il le regarde en quelque sorte "dans les yeux". Au terme d'une analyse dont la finesse ne peut que frapper, où chaque recherche du critère idéal d'efficacité puise dans les défauts des autres les éléments d'une nouvelle explication, l'économiste Gamel montre que les théories économiques sur la justice sociale peuvent se révéler dangereuses ou utopiques si elles ne sont pas entourées des garanties, juridiques, de la "procédure juste" (au sens de préceptes de conduite, non au sens "processuel" familier au juriste : gardons-nous des assimilations rapides et hasardeuses sur la signification des mots employés !).

Les nuances entre théoriciens de la "procédure juste" ne sont pas toujours d'accès facile : l'auteur, par un effort couronné de succès, dissipe leur hermétisme en opposant comme Rawls, la "procédure pure", celle où le juste partage des biens résulte du respect de la procédure elle-même, et la "procédure parfaite", qui se combine avec un critère indépendant et antérieur à elle. Dans la "procédure pure" de Nozick ("Anarchy, State and Utopia", 1974), l'habilitation des individus à détenir des biens procède de deux principes : juste acquisition initiale de ce que le juriste nommerait "res nullius", juste transfert ensuite. Cette justice caractérisée par la chaîne ininterrompue des justes acquisitions et des justes transferts est "pure", parce qu'elle ne nécessite "aucun dessein général et aucune structure de répartition". L'équité de la répartition dépend seulement, d'abord de sa genèse, puis de l'autonomie des choix personnels. C'est l'amusant exemple de la fortune gagnée par le basketteur américain Wilt Chamberlain, qui est "juste", même si ses "fans" moins riches que lui ont peut-être, d'un certain point de vue, montré dans leurs vies des "mérites" supérieurs, parce qu'ils ont librement accepté (autonomie de la volonté ?) d'acheter les billets de ses matches. Notons au passage que cela suppose que Wilt ait gagné son argent uniquement par intéressement sur les recettes, ce qui ouvre des perspectives sur la "justice" des contrats passés entre champions et clubs sportifs... Plus sérieusement, il faut s'interroger sur le moyen de rectifier les inévitables injustices. Nozick propose d'organiser dans ce but la société de façon à maximiser la position du groupe le moins favorisé (ceux qui, dans le "match" social, restent, dirions-nous, sur la touche). Par là il rejoint finalement Rawls, qu'il a critiqué. Rawls est, avec Harsanyi, l'un des tenants de la "justice procédurale parfaite", mais ils s'opposent sur son critère. Pour Harsanyi ("Morality and the theory of rational behaviour, Social Research 1977), ce critère est celui dit du "maximin" -le "plus grand bonheur du plus grand nombre", en fait, mais fondé autrement, par un double postulat. Le postulat "d'équiprobabilité" est que je dois me prononcer "comme si" j'avais la même probabilité d'occuper chacune des positions disponibles dans la société future et d'atteindre l'utilité attachée à chacune. Pour répondre à la question : "que vais-je décider ?", Harsanyi pose le "postulat de similitude" : les préférences de tous les êtres humains seraient soumises aux mêmes lois psychologiques fondamentales. La maximisation de l'utilité espérée tendrait donc au plus grand bonheur du plus grand nombre, mais ce n'est au fond qu'un avatar de l'utilitarisme par là contestable. Aussi Rawls ("A theory of Justice", 1971) va-t-il amender le "maximin" (pour cette raison rebaptisé en "leximin"). Le point d'arrivée de Rawls, ce sont les principes d'égalité de liberté et de différence. Chaque personne a un droit égal au système le plus étendu de libertés fondamentales compatibles avec le même ensemble de libertés pour tous les membres de la société. Les inégalités doivent être agencées au plus grand avantage des membres les moins favorisés, et liées à des situations ouvertes à tous dans des conditions d'égalité réelle des chances. Le point

de départ de Rawls relève comme chez Harsanyi du postulat, on dirait presque du mythe : celui du "voile d'ignorance". Il faut supposer une situation initiale où rien ne détourne l'individu d'un jugement moral, grâce à un "voile d'ignorance" occultant sa situation sociale ultérieure, ses dons naturels, son profil psychologique, etc. : alors il choisirait les deux principes de Rawls. C'est un peu l'inverse du mythe platonicien du choix par les âmes de leurs destinées futures... On voit en tout cas à la fois quelles justifications et quels ajustements (revendications des droits des "minorités") la conception occidentale des droits de l'homme peut y puiser.

Par là, comme par l'examen du rôle de l'État, du législateur et du juge, des modes d'acquisition de la propriété, ou du principe indemnitaire, la synthèse de notre collègue Claude Gamel passionnera les juristes, publicistes aussi bien que privatistes. Sans prétendre conclure -puisque aucune de ces "procédures" n'apporte de solution toute faite- on ne peut qu'être frappé par l'antagonisme constant entre l'État et l'individu : il s'agit toujours de fixer le cadre des interventions de chacun, et les théories "déontologiques" placent toutes les comportements individuels au coeur de la justice sociale. L'ambition philosophique de ces théories est également remarquable. La justice sociale ne peut exister sans conscience morale : sans une éthique, quelle qu'elle soit, semble nous dire l'auteur, qui laisse deviner ses préférences plus qu'il ne les impose. Au carrefour où se tient la poseuse d'énigmes, il ne se présente pas en donneur de réponses. En revanche il nous montre la voie ouverte à une communication entre les sciences sociales -et, souhaitons-le-, à de futurs ouvrages.

---

DÉPÔT LÉGAL 4ème Trimestre 1992



PRESSES UNIVERSITAIRES D'AIX-MARSEILLE

- *Derniers ouvrages parus :*

Guillaume CHAMPY :

**La fraude informatique**

Préface G. Di Marino

Tomes I et II, 820 pages - Prix : 220 F

Jean-Jacques ALEXANDRE :

**La prestation de conseil juridique en droit français**

Préface de R. Bout

Tomes I et II, 842 pages - Prix : 230 F

**Droit pénal européen des mineurs**

Colloque Aix-en-Provence 1991

260 pages - Prix : 200 F

**Prévention de la criminalité en milieu urbain**

XVIII<sup>e</sup> Congrès de l'Association Française de Criminologie  
Aix-en-Provence 1992

270 pages - Prix : 230 F

**L'Europe des professions**

Colloque du Centre d'Études des relations sociales internationales  
avec le concours de la Commission des Communautés européennes  
Aix-en-Provence 1992

168 pages - Prix : 115 F

### **III - Droit Administratif**

— Éric OLIVA, Contribution à l'étude du domaine : les biens « départemento-domaniaux ».

### **IV - Anthropologie et Ethnographie juridiques.**

— Norbert ROULAND, Les dimensions culturelles de la parenté.

— Anne ENSMINGER, Jules Renard familiographe : « Poil de Carotte », ou de la puissance maternelle.

### **V - Droit Comparé**

— Alphonse SOUMBOU, La politique criminelle congolaise : un cas de droit mixte.

— Mustafa FREIJ, Bilan de la jurisprudence ivoirienne relative au droit applicable aux formes du mariage (exemple d'une réalisation tendancieuse du droit international privé).

— Pascale ALLOKE, La remise en cause du concept de droit commun au quotidien par le processus de règlement des conflits à Niamey (Niger).

### **VI - Histoire du droit et Philosophie du droit**

— Marc PENA, Jansénisme et Code civil.

### **VII - Méthodologie**

— Louis FAVOREU, La préparation de la thèse dans le cadre « d'un laboratoire de recherche juridique ». L'expérience aixoise du groupe d'études et de recherches sur la justice constitutionnelle

### **VIII - Variétés**

— Antoine LECA, Essai sur les origines du costume des docteurs agrégés des Facultés de Droit.

### **IX - Commentaires d'arrêts**

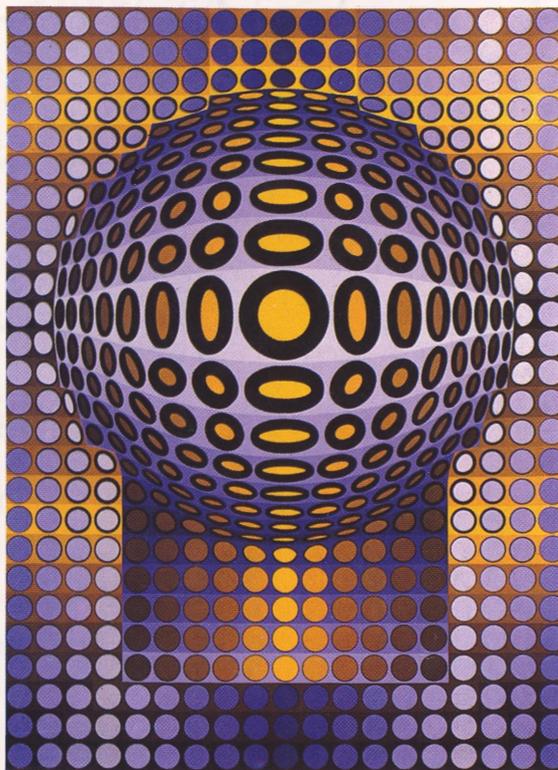
— Claude ROY-LOUSTAUNAU, Le double visage de la requalification du contrat dans le contrat de travail à durée déterminée : requalification - interprétation et requalification - sanction (Commentaire de Cass.soc. 27 mars 1991).

— Alain BOYER, Le film, la coupure et le juge (Commentaire Conseil d'État, 26 juillet 1991, S.A. La Cinq c. C.S.A.).

### **X - Actualités doctrinales**

*Revue de la Recherche Juridique*

# **DROIT PROSPECTIF**



**CAHIERS DE MÉTHODOLOGIE JURIDIQUE**

**N° 7**

**MODES DE RÉALISATION DU DROIT**

**PRESSES UNIVERSITAIRES D'AIX-MARSEILLE**  
1992 - 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**

**1992-4**

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

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

N. XVII - 51 (17ème année - 51e numéro)  
(4 Numéros par an)

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

## COMITÉ DE PATRONAGE

M. Paul AMSELEK	Professeur à l'Université de Paris II
M. le Doyen Jean-Marie AUBY	Professeur à l'Université de Bordeaux I Président honoraire 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 LAUBADÈRE (†)	
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 TERRÉ	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 SÉRIAUX  
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

COMITÉ SCIENTIFIQUE

J.-L. BERGEL  
D. BERRA  
F. BOULAN  
J. BOURDON  
J.-Y. CHEROT  
Y. DAUDET  
Ch. DEBBASCH  
Ph. DELEBECQUE

L. FAVOREU  
M. FLORY  
C. LOUIT  
J. MESTRE  
J.-L. MESTRE  
C. MOULY  
J.-Cl. RICCI  
A. SÉRIAUX

ÉQUIPE DE RÉDACTION

F. BOULAN  
L. FAVOREU  
M. GARCIN

J. MESTRE  
J.-L. MESTRE  
J.-Cl. RICCI

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

ABONNEMENT : 4 numéros par an - Tarif 1992

Abonnement de Soutien : 600 F  
Abonnement (France) : 400 F

Abonnement étranger : 450 F  
Numéro (France) : 110 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'UNIVERSITÉ  
12, Rue Nazareth - Aix-en-Provence

Sciences Juridiques, Économiques et Sociales

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

Cartes de Fidélité - Recherches Bibliographiques



# CAHIERS DE MÉTHODOLOGIE JURIDIQUE

- N° 7 -

## MODES DE RÉALISATION DU DROIT

Ce numéro a été réalisé sous la responsabilité de M. le Professeur  
Jean-Louis BERGEL, Président de l'Association Internationale de  
Méthodologie Juridique.



# TABLE DES MATIÈRES

**AVANT-PROPOS**, par Jean-Louis BERGEL..... 899

## RÉFLEXIONS

- **A. ROMEU-POBLET, Recherche de définitions de la réalisation du droit**..... 903
- **Jean-Paul DELVILLE, L'incidence de la règle morale dans la réalisation du droit**..... 913
- **Emmanuel PUTMAN, Le "syncrétisme" dans la réalisation du droit d'après Henri Motulsky**..... 953
- **Jacques HÉRON, Éléments de typologie des jugements à partir de l'idée de réalisation du droit**..... 961
- **Jean-Louis BERGEL, Analyse macrojuridique des modes de réalisation du droit**..... 971

## MORCEAUX CHOISIS

*Extraits de :*

- 1) **François TERRÉ, Introduction générale au droit**, Dalloz, 1991..... 985
- 2) **Jean CARBONNIER, Droit Civil - Introduction**, 21<sup>e</sup> édition 1992, Coll. Thémis, P.U.F. .... 977
- 3) **Claude DU PASQUIER, Introduction à la théorie générale et à la philosophie du droit**, 6<sup>e</sup> édition, Édition Delachaux et Niestlé, 1988..... 1015
- 4) **Henri MOTULSKY, Principes d'une réalisation méthodique du droit privé. La théorie des éléments générateurs des droits subjectifs**, Sirey 1948, Réimpression Dalloz 1991 .. 1021
- 5) **Jacques GHESTIN et Gilles GOUBEAUX, Traité de droit civil, Introduction générale**, 3<sup>e</sup> édition 1990, L.G.D.J. .... 1029
- 6) **Jean-François PERRIN, Pour une théorie de la connaissance juridique**, Droz 1979..... 1041
- 7) **Jean CARBONNIER, Flexible droit, pour une sociologie du droit sans rigueur**, 7<sup>e</sup> édition 1992, L.G.D.J. .... 1047

## DOCUMENTS

1) Études diverses des services du Ministère de la Justice sur l'application du droit par les Cours et Tribunaux	
• Études sur le contentieux locatif, INFOSTAT JUSTICE.....	1061
• Études sur les procédures collectives, INFOSTAT JUSTICE.....	1081
2) Les problèmes de la justice	
• Extraits du rapport de Hubert Haenel, Sénat n° 357 .....	1097
• Extraits du rapport de Hubert Haenel, Sénat n° 400.....	1111
3) Fac-Similés "Les chiffres clés de la Justice" Ministère de la Justice, octobre 1992 .....	1133
<i>TABLES de l'année 1992.....</i>	<i>1143</i>

# AVANT-PROPOS

Par

Jean-Louis BERGEL

La réédition, en 1991, de la thèse d'Henri Motulsky ("Principes d'une réalisation méthodique du droit privé", Préface de P. Roubier, Dalloz 1991) illustre les intérêts qui s'attachent aux divers aspects de la réalisation du droit.

Celle-ci peut s'entendre au sens de l'intégration de faits donnés dans les institutions, les concepts ou les règles de droit et, inversement, de l'application du droit aux faits.

Une nouvelle occasion est ainsi donnée de réfléchir *aux modes de réalisation du droit*, conçus très largement, sans se limiter à la réalisation contentieuse du droit, ni au droit privé.

Matériellement, la réalisation du droit englobe la qualification juridique des faits, leur preuve et leur traitement juridique, mais également l'étude de l'effectivité du Droit et des droits dans la vie sociale.

Elle emprunte des voies diverses : application pure et simple de la norme, correction de la loi par la règle morale, usage ou abus des fictions, consensus ou indifférence populaire, acceptation ou rejet de la pratique, filtre de la communauté juridique...

Quelques regards sur les modes de réalisation du droit ne sauraient suffire à la circonscrire, la comprendre et la mettre en évidence. Mais cet ouvrage n'a pas d'autre prétention que d'être une simple esquisse de divers aspects de la réalisation du droit et de susciter d'autres interrogations.

Il se compose de réflexions théoriques et de constats pratiques.

La Doctrine s'y exprime par des articles originaux et par des "morceaux choisis". Les constats pratiques sont tirés de documents parlementaires et d'éléments statistiques relatifs à l'état de la Justice en France, ainsi que d'études des services de la Chancellerie sur la réalisation de certains textes et de certaines procédures, et sur le traitement de certains problèmes ou phénomènes contemporains et spécifiques par le système juridique et judiciaire. Qu'il nous soit permis de remercier les auteurs et éditeurs qui ont contribué à mettre en évidence quelques-uns des modes protéiformes de la réalisation du droit.

Sans tenter de les découvrir et de les évaluer, les juristes ne sauraient sérieusement prétendre intervenir dans la vie sociale, la réguler ou la contrôler. La justification de leur action dépend, notamment, des résultats auxquels elle parvient.

La qualité de leurs interventions est subordonnée à celle des méthodes de réalisation du droit qu'ils empruntent.

On a, cependant, trop souvent, l'impression que nul ne s'en soucie !



# RÉFLEXIONS



# RECHERCHE DE DÉFINITIONS DE LA RÉALISATION DU DROIT

Par

A. ROMEU-POBLET

*Ancien conseil juridique international - Membre de la Commission Internationale  
de Juristes et de l'Association Internationale de Droit Pénal.*

*Lauréat du Prix "Berryer", 1964 et de l'Institut Social de France*

*Ancien membre du Conseil Général de la F.I. Latine des Juristes et Avocats*

Pour bien cerner cette question, il faut analyser d'une manière rationnelle les éléments déterminants que nous trouvons dans la métaphysique, ayant trait à la science de l'être et de sa fonction sociale. Mais nous ne devons pas oublier, pour parvenir à une élaboration objective de la définition du Droit, que la normative doit s'exprimer à travers des techniques juridiques ; elles s'analysent en procédés matériels et procédés intellectuels.

Dans le cadre des techniques énoncées, une recherche est nécessaire afin de s'appuyer sur le concours de la philosophie générale, indispensable pour élaborer les réflexions sur le fondement du droit. Cela ne manque pas d'efficacité dans l'analyse des institutions ou des notions juridiques intégrées à la vie de l'homme et élaborées pour régler son comportement individuel et social.

Nous trouvons, dans cette analyse, le rôle prépondérant et efficace de la philosophie comme servante et maîtresse du droit. L'effort transcendantal de l'homme est la manifestation de sa liberté, de ses conditions matérielles d'existence. Il s'agit là d'une conquête toujours disputée. Il faut souligner que, dès notre naissance, nous sommes tous insérés dans un certain ordre social. L'homme acquiert de la société et de l'État, des droits par son travail et par sa fonction sociale, liée à sa propre existence. Cette évolution englobe à la fois, la vie sociale, économique et politique ; les divers aspects sont encadrés par les propres règles juridiques qui la conditionnent et caractérisent.

Le principal élément de l'évolution sociale, économique ou politique est donc l'évolution du droit lui-même.

Le droit peut donc se définir, en une dialectique, c'est-à-dire en un mouvement à la recherche d'un équilibre entre les données, elles-mêmes mouvantes de l'homme et de la société.

Ainsi donc, le droit apparaît de plus en plus indispensable de l'économie et de la vie sociale, et l'individu ne peut pas être considéré comme un sujet de droit particulier, en quelque sorte désincarné, alors qu'il est intégré dans une collectivité chaque jour plus exigeante, plus opposante qui détermine plus étroitement que

jamais et bien souvent à son insu, les mobiles de ses actions, et la motivation de son comportement.

Nous pouvons affirmer que le droit étant un produit de la connaissance collective lié à la société en ce double sens, que tout droit est engendré par la société, mais que toute société, engendre un droit. Les romains disaient : "Ubi societas, Ibi Jus". Cette formule trouve ici toute son expression.

Le droit peut sans doute s'analyser aussi en une nature des choses. Il constitue l'apport et le contenu des règles qui conditionnent l'existence biologique ou les tendances de la sociabilité.

Montesquieu l'a montré. Il considère les lois comme des faits sociaux, qui se répètent et produisent sous l'action de facteurs déterminés. Montesquieu croit aux lois naturelles qui résultent des conditions de fait générales et permanentes de la vie sociale.

Le droit est une création sociale. L'histoire de l'humanité nous révèle que l'instinct grégaire et les sollicitations de la nature sont la base de la formation de la société.

Pour les sociétés modernes, il leur suffit d'établir les règles nécessaires à l'équilibre social. On ne peut y parvenir qu'en composant avec les forces antagonistes. Aussi bien le droit le peut-il exprimer que l'état de la structure en un moment donné.

## **QUEL EST LE FONDEMENT DU DROIT ? QUEL EST SON BUT ET SON OBJET ?**

L'analyse des faits résulte de l'évolution incessante de la société, nous montre avec pertinence que les règles déterminantes de ce processus inexorable proviennent de la progression des grands courants modernes de la pensée philosophique et pour une autre part de la réalisation même du droit, c'est-à-dire de la transformation des règles juridiques en fonction des besoins et nécessités de l'homme au sein de la société.

Il ne faut pas oublier le caractère ontologique de la philosophie du droit. Nous connaissons l'opposition séculaire des idéalistes et des positivistes.

Les conceptions modernes nous montrent qu'elles ont dépassé le conflit positivisme-idéalisme, tout en aboutissant à une certaine unité de méthode.

Qui dit, ontologie, dit science de l'homme considéré en tant que tel. Cette appréciation répond à un ordre universel qui équivaut à une organisation idéale et harmonieuse des actes de la vie individuelle pour parvenir à la dignité humaine et des rapports sociaux, pour réaliser le bien commun. Ce sont les principes de base, ayant une force et une authenticité historique du fait qu'ils s'insèrent dans les thèmes classiques. (Platon, Heg, St Thomas, etc.)

Les données, qui paraissent essentielles, sont les besoins et le travail ; données à partir desquelles l'engendrement du droit intervient. Sans vouloir établir de comparaison entre elles il résulte que parties de points différents, elles aboutissent à une certaine unité de méthode et d'affinité.

La seule ambition de la présente étude est de combiner l'authenticité des analyses et la clarté de leur exposé. En ce qui concerne le droit, les analyses et les conceptions qui en résultent, le fondement est plus fort, du fait de la relation directe avec l'homme et la société.

## LE DROIT EST UNE CRÉATION SOCIALE

L'homme est la mesure de toutes les choses, mais faut-il encore rendre cette mesure aux divers moments de sa vie et de son rôle social, ses variations y sont manifestes, même dans les périodes de stabilité de son existence, il faut tenir compte des courants disparates qui se livrent bataille dans le champ de sa gravitation. C'est ainsi qu'on voit entrer en scène les intérêts concernant la famille, l'éducation, l'enseignement, la profession, la culture, les loisirs, les rapports avec ses semblables, sans préjudice des intérêts privés ou collectifs.

À cela il faut ajouter les grandes découvertes scientifiques, le progrès constant de la technologie, elles ont atteint la phase d'application pratique, exerçant ainsi une influence décisive et considérable sur la manière de vivre.

Le droit finit par s'adapter aux mœurs, nées des bouleversements consécutifs à la rapidité vertigineuse de l'évolution générale, son amplitude et son immanence son liés au comportement de l'homme face aux besoins et au progrès en général, car il est intégré dans son contexte familial, social géographique et historique.

Les besoins socialisés, dans un système régi par la rareté de biens à une époque historique déterminée, ce sont également des données essentielles qui déterminent l'engendrement et la création du droit.

Tous ces phénomènes ne peuvent être isolés de l'ensemble du comportement humain, qu'il soit individuel ou social. L'intégration de l'homme dans une multiple série de données liées aux nécessités et aux mécanismes essentiels de notre économie moderne, dans laquelle nous trouvons les grandes lignes de l'an 2.000.

Cette société subit une orientation vers une sublimation des besoins, (toujours plus forte) de l'homme, créant ainsi, une série d'incidences psychologiques et sociales, altérant et transformant les rapports et donnant lieu à un nouvel art de vivre.

Cette nécessité entraîne l'apparition des expressions de volonté, droits et obligations, valeur, responsabilité, faute. Ces notions sont costumées à tel point par les règles et la technique juridique et aussi économique, que constituent les facteurs de base pour l'introduction générale du droit. Ainsi que nous l'avons exposé, l'intégration de l'homme dans cet ensemble de facteurs, conditionne dans une large mesure la transformation quotidienne du droit.

L'homme, comme tout être et comme toute substance vivante, a des besoins primordiaux qui le poussent à chercher les éléments qui par leur assimilation lui assurent l'existence. La nécessité, les besoins, l'état précaire des éléments de vie et l'hostilité constante de la nature, l'homme se trouve dans un rapport d'antagonisme avec son milieu. Le point de départ de toute vie humaine comme aussi animale est le besoin. Nous l'avons évoqué au début de cette étude. Le besoin définit et explique l'évolution des civilisations humaines et façonne les facteurs déterminants de l'évolution sociale.

Lorsque l'homme enfant ou adulte ne peut satisfaire ses besoins, il exprime un sentiment d'insécurité, d'angoisse, et de révolte, dont le degré d'intensité se manifeste suivant le tempérament. Le besoin nutritif engendre, comme tout besoin instinctif, une forte émotion. Le besoin et l'émotion, constituent un bloc vital dynamique, qui déclenche une forte impulsion ; cette impulsion lorsqu'elle est aveugle, anéantit toute volonté. Tout ceci donne naissance au sentiment d'insécurité, de frustration, d'angoisse, de méchanceté résignée ou de révolte, suivant le tempérament de l'individu.

L'agressivité consécutive aux privations peut se manifester contre les personnes et les biens. Le besoin explique les civilisations humaines et le

mécanisme même de la pensée. Il suffit de parcourir l'histoire des peuples, pour arriver à cette conclusion.

Il faut donc étudier le comportement de l'homme affecté par ces situations, en tenant compte d'abord du degré de sa satisfaction, de ses besoins inhérents à la personne et aussi son groupe familial, professionnel, ses relations et toutes les contradictions et excitations du milieu où il évolue.

En effet, l'homme forme une unité indivisible avec son milieu familial et socio-économique. Il faut considérer ces faits sociaux en les observant d'une manière objective avec la rigueur et le réalisme que le caractérise. Cela implique une étude très approfondie du comportement, des mœurs, des conditions matérielles de vie, des croyances, des opinions, des mobiles, en somme les facteurs déterminants qui engendrent et provoquent dans le cadre du réflexe et mesures secondaires l'accomplissement des actes humains, en somme l'étiologie sociale vis-à-vis de l'homme.

Les praticiens du droit, en particulier le juriste, doit tenir compte de l'ensemble de ces facteurs pour arriver à l'analyse objective des causes et origines des motivations de la délinquance et du droit pénal. Il faut savoir, dans ce domaine qu'une relation étroite existe entre les conditions de vie et le comportement de l'individu. L'étude "in vitro" de l'environnement physique ou matériel, permet d'affirmer que l'homme devient l'image des lieux, en règle générale.

Tout ceci rentre dans le cadre de l'observation et trouve son origine et sa définition métaphysique dans les disciplines philosophiques, auxiliaires de la science du droit.

Les disciplines philosophiques, on peut les schématiser en une prise de conscience des réalités humaines, qu'elles soient sociales, psychologiques ou morales, d'une part en une amélioration des méthodes d'interprétation, d'analyse et de création du droit d'autre part.

Nous pouvons affirmer sans réticences, que la société actuelle est génératrice des causes et motifs d'anxiété, d'angoisse, de pauvreté et de frustration. Ce sont les composantes et résultantes ontologiques qui déterminent la genèse du juridique et par voie de conséquence le point de départ de la métaphysique du droit.

Il faut tenir compte dans le cadre des méthodes d'investigation, qui font partie de la technique employé par le juriste, de l'apport des disciplines philosophiques, qui lui permettent ainsi d'analyser avec une méthode perfectionnée la matière humaine, sur laquelle la norme vient d'imprimer son empreinte, car il ne peut pas se soustraire aux réalités humaines qui donnent lieu au fondement du droit. Nous l'avons évoqué précédemment.

Cela nous permet de dire que les sciences auxiliaires du droit, doivent être employées dans tous les stades de la naissance ou de l'engendrement du droit.

Ainsi nous trouvons le cas de la législation ou de la réglementation administrative, mais aussi du jugement.

La pratique nous montre le caractère extrêmement délicat concernant le mécanisme qui règle l'acte de nature juridictionnelle, qui assure par excellence la permanence et la pérennité du droit, car il faut tenir compte de la complexité des faits d'une part et de l'obscurité ou de l'insuffisance des textes. Dans ce contexte toujours laborieux, nous trouvons le rôle de la doctrine dans l'élaboration de la jurisprudence dans tous les systèmes juridiques, et dont le sujet de droit lui-même n'échappe pas dans l'application quotidienne de la règle.

## LA PORTÉE DIALECTIQUE SUR LA CRÉATION DU DROIT

La prise de conscience de l'individu devant les événements qui créent les réalités sociales contribue largement à l'accomplissement de cette règle. Le droit est la détermination d'un ordre, mais d'un ordre contingent et par là même artificiel ; une construction qui s'élabore et s'édifie à partir d'un certain nombre de nécessités.

Comme ces nécessités sont variables, cet ordre évolue et cette évolution s'effectue selon les formes et de procédures qui sont inhérentes à la notion d'ordre . On ne peut pas concevoir un ordre qui se modifierait de façon désordonnée car ce faisant il trahirait sa propre nature.

La justice intervient comme une sorte de fil conducteur dans la transformation de cet ordre.

Ce sens de la justice est né sans doute en raison de ce qu'elle est le moyen de maintenir à l'ordre juridique sa justification profonde qui est de faire face à l'insécurité de l'homme au milieu des autres hommes pris individuellement et de la société qu'ils composent collectivement.

Affecté par les phénomènes et les convulsions sociales l'homme a le pouvoir d'être aussi librement créateur que destructeur du droit. La philosophie lui fournit les causes et les principes. C'est alors que le philosophe et le juriste qu'ils soient maîtres d'œuvre ou de simples artisans sont en mesure de déceler et conclure sur les motivations de la participation de l'être.

Si le législateur entend obtenir un ordre déterminé par le poids de son autorité, c'est parce qu'il a le sentiment que rôle a des degrés différents est lié aux valeurs qui s'imposent à l'homme face aux nécessités de la vie sociale.

Le juriste puise dans la nature des faits, les éléments d'analyse pour bâtir ses observations. Dans cette tâche complexe et variée, il a recours au philosophe, qui lui apporte un concours déterminant. Nous l'avons développé sommairement.

C'est donc, cet aspect d'interdépendance et de complémentarité qui permet de dire que cette philosophie que nous pouvons appeler d'empirique, du fait qu'elle s'appuie sur les principes de l'expérience, joue un rôle décisif en tant qu'auxiliaire du droit.

Les transformations techniques ont donné lieu à une transformation économique dont le rythme s'accélère ; elles ont fait naître en effet cette société de consommation, dont certaines dénoncent la tyrannie inhumaine, génératrice de besoins nouveaux et conditionnent (nous l'avons évoqué) la psychose, se traduisant par des graves désordres. La transformation économique à son tour a engendré une profonde évolution des valeurs morales. Les progrès techniques, intellectuels et moraux, rattachés les uns aux autres par les liens d'interdépendance, sont l'apanage de notre espèce et d'après le témoignage de l'histoire, c'est de leur développement harmonieux que dépend l'évolution de la société.

Rechercher les mobiles qui expliquent comment l'homme acquiert un pouvoir de plus en plus étendu sur la matière sous toutes ses formes, développer et structurer ses facultés morales et intellectuelles, tel est l'objet du droit, réglementant et façonnant ainsi les prémisses de la vie sociale.

Le juriste apporte sa participation effective en tant que praticien incontesté du droit. Cette mission est à la fois sa raison d'être et la justification de sa pérennité ; car il faut savoir que le droit fixe les principes généraux qui s'appliquent à tous et qui doivent être observés par tous, parce que sans leur respect il n'y aurait pas de société stable.

Cela nous conduit à définir les raisons de la justice et de ce qu'elle est le moyen de maintenir à l'ordre juridique sa justification profonde qui est de faire face à

l'insécurité de l'homme au milieu des autres hommes, et garantir ainsi son rôle individuel et social.

Nous ne pouvons pas nous soustraire (après l'examen des règles et des facteurs déterminants de la création des normes juridiques et du droit) d'évoquer brièvement quelques passages sur la justice, comme corollaire de l'ensemble de notre exposé.

Dans ces constatations, nous avons relevé le rôle décisif du droit dans la construction des règles juridiques, donnant lieu à la naissance de la justice.

La justice n'est pas seulement l'institution officielle de ce nom ; elle demeure au cœur de tous les problèmes qui se posent au sein de la société, par ce rôle de premier plan, la justice se trouve nécessairement en pleine mêlée sociale.

Tout d'abord il faut souligner que la justice est au service de la loi. Les magistrats qui sont les serviteurs de la justice doivent trouver dans la loi un guide précieux dont ils ne peuvent s'écarter au moins de s'égarer dans l'arbitraire.

La loi dit le droit. Elle est la règle à laquelle le juge doit se conformer en n'oubliant pas qu'il ne faut pas confondre le droit et l'équité.

L'équité correspond à un besoin de justice fondé sur les circonstances d'espèce que le juge doit s'appliquer à faire triompher. Le jugement est l'acte fondamental. Il consiste à découvrir puis à affirmer ou à nier un rapport entre deux idées, deux choses, de faits, deux comportements, deux sensations, ou deux concepts. Il faut savoir que constitutionnellement, seule l'autorité judiciaire est investie du droit de juger, et elle doit faire face dans des conditions rigoureuses de procédure, garantissant le caractère contradictoire, et la loyauté des débats ainsi que les libertés individuelles, d'où la place éminente de l'autorité judiciaire dans les faits. Toute société moderne doit tenir compte de ces principes.

La décision finale implique un choix ou un compromis entre les textes ou des principes de droit applicables à la chose, aux personnes ou aux faits qui lui sont exposés.

Un jugement dépend avant tout de la vérité, bien entendu de la vérité de la chose ou des faits auxquels il s'applique.

Le juge doit donc vérifier et contrôler l'existence de la chose et des documents produits, leur authenticité, l'exactitude des faits, la sincérité des témoignages s'il y a lieu, bref la véracité de tout ce qui fera la matière de son jugement.

Ensuite il pourra prendre une décision arbitrant le litige, et en construire solidement les motifs.

Cette pratique doit être observée dans tous les domaines : civil, pénal, commercial, social etc.

Dans l'appréciation des faits, il faut en tirer toutes les conséquences. Néanmoins, le même fait peut n'être pas perçu de la même manière pour tous et donner des interprétations différentes.

Il y a lieu d'en faire un choix, parmi les innombrables éléments qui composent le réel, choix involontaire, qui peut être dû à ce qu'on recherche, à ce qu'on redoute, ou à une tendance antérieure : théorie scientifique, mode de vie, foi religieuse, passion, etc., composant un ensemble de traits dominants de la personnalité et ayant une relation directe avec la matérialité des faits.

Tout ceci nous amène à dire que tous ces éléments sont pris en considération dans le domaine de la recherche et de la construction du jugement ; en somme la vérité judiciaire d'où l'expression courante de l'autorité de la chose jugée, toujours en vigueur : "Res Judicata Pro Veritate Habetur" constitue la règle de base de toute décision judiciaire.

Étant donné les progrès et l'évolution constante des sciences humaines, le juge, serviteur de la justice se trouve de plus en plus confronté à des situations où

la recherche de la vérité judiciaire dépend de la vérité scientifique, dans ce domaine le juge se voit dans la nécessité de s'entourer d'experts, des techniciens pour la solution des questions les plus variées qui soulève l'étude du dossier.

Également on passe de l'étude des faits, à l'étude de l'homme, et nous constatons que la méthode scientifique de l'observation est largement adoptée dans les enceintes de justice où règne l'esprit déductif.

Aujourd'hui nous trouvons qu'aux rapports individuels du droit se substitue un monde nouveau qui apporte au juge une réalité chaque jour plus complexe et plus fuyante ; et voilà que cette société au nom de laquelle se prononcent les réquisitoires, se trouve elle-même en état d'accusation.

Cette évolution fait sentir le besoin de droit qui reste fondamental et les juges sont les seuls garants de l'état de droit et du respect des libertés et des droits individuels.

Cela nous amène à dire à titre de conclusion, que rendre justice est devenu un art assurément difficile, aujourd'hui.

Nous sommes persuadés que les juges dans l'exécution de leur tâche quotidienne, fidèles aux solides qualités traditionnelles de droiture et lucidité, devront tenir compte de la portée des sciences contemporaines lorsque ces sciences permettent de mieux connaître l'homme ou lorsqu'elles mettent au service de la justice les moyens d'élaborer la vérité judiciaire . Dans cette perspective une évolution doit intervenir compte tenu des règles normatives qui vont être structurées, dictées par les nécessités de la Communauté Européenne.

Cette évolution devra être inspirée par le droit comparé, le droit interne respectif et le droit international public et privé. Le droit français offre, dans ce domaine, le point de départ et les éléments décisifs d'une vaste et réelle prospective.

### QUELQUES LIGNES EN MATIÈRE DE PREUVES

En matière de preuves, si le fait a laissé des vestiges, ou des traces, il sera établi, soit par une observation directe, dans une reconstitution, soit par une expertise, soit enfin par une expérimentation du juge lui-même, ou des services de police sur commission rogatoire.

Mais si le fait est passager, sans traces et simplement invoqué par l'une des parties, ou relaté par les deux, chacune à sa manière, alors se pose la question de la preuve : documents, témoignages, aveu, ou raisonnement déductif en partant des faits connus ou déjà établis, et cette preuve bien entendu est à la charge de celui qui invoque le fait contesté.

En matière pénale, le juge retiendra les faits qui fortifient ou qui affaiblissent les premières présomptions.

Les faits n'ont pas tous la même valeur et les conséquences qu'on en tire : le fait constaté s'explique peut-être autrement ou avait une autre fin... Cette similitude, ces présomptions peuvent résulter d'une simple coïncidence. Il faudra même souvent choisir entre les faits également établis, vrais, pour écouter ceux qui ne peuvent rien, et ne retenir que ceux qui sont utiles.

En matière civile, si les parties sont en désaccord sur les faits, il sera de même des deux côtés. Il écartera les faits douteux ou contradictoires pour ne fonder sa décision que sur les faits certains et bien établis.

C'est alors seulement qu'il pourra en tirer les conséquences sur les droits invoqués, sur la responsabilité, la culpabilité ou l'innocence.

Cette vérification préalable des faits a pour le juge une tâche essentielle. Il dispose de nombreux moyens qui sont mis à sa disposition. Le parquet et la police peuvent lui prêter leur concours, surtout en matière pénale. Mais ce sont les

qualités personnelles du juge, son intuition, sa prudence qui lui permettront de tirer ou d'interpréter les faits et de construire ainsi son jugement sur des matériaux solides.

À l'heure actuelle, il est de plus en plus fréquent, compte tenu des progrès et de la complexité de la technique moderne, que les magistrats soient confrontés à des difficultés d'ordre extra-juridique, pour lesquelles il ressentent le besoin d'être éclairés par des techniciens. Mais il importe d'insister sur le fait que le juge n'est jamais lié, sauf cas très particulier par les conclusions de l'expert.

Particulièrement fréquent en matière pénale, l'expertise est également pratiquée dans la procédure civile et administrative.

Il faut indiquer qu'il n'est pas utile d'insister longuement, sur l'expertise en matière de procédure administrative. Celle-ci repose, en effet, sur la totale liberté du juge de choisir ou de recourir ou non, aux experts qu'il considère utiles en nombre et qualités.

Au contraire, l'expertise est bien réglementée en matière civile et surtout en matière pénale.

Sauf dans les matières très particulières, le choix de l'expert n'est jamais effectué par les parties. C'est donc l'autorité qui désigne la procédure au moment où la désignation de l'expert s'avère utile qui décidera de l'opportunité de celle-ci.

Mais, en conformité aux textes relevant des règles de la procédure, les parties peuvent solliciter de ces autorités la désignation d'un expert et éventuellement faire appel de la décision qui refuse de faire droit à leur demande.

Le principe est que l'autorité -qui désigne un expert- doit le choisir sur les listes officielles établies à cet effet. Cette pratique concernant le choix de l'expert sur une liste, n'est pas toujours respectée. En matière civile l'existence des listes n'a pour but que de faciliter la tâche des magistrats qui peuvent toujours désigner quelqu'un d'autre. En matière pénale, le magistrat qui désigne un expert non inscrit, doit au contraire justifier sa décision.

L'expert exceptionnel qui n'a pas prêté serment général au moment de son inscription, doit alors prêter serment chaque fois qu'il s'occupe d'une affaire.

En procédure civile, les magistrats sont libres de nommer plusieurs techniciens ou de se contenter d'un seul.

Dans le domaine de la procédure pénale, le procédé de nomination d'expert peut changer. En effet, si la question porte sur le fond de l'affaire (à savoir par exemple l'établissement de la matérialité des faits, expertise toxicologique, preuve de l'infraction, examen d'armes, preuve de lucidité, de coupable possible, expertise psychiatrique pour déceler une éventuelle démence) on doit en principe désigner deux experts. On peut n'en désigner qu'un seul en justifiant dans une ordonnance spécifique, de l'impossibilité dans laquelle on s'est trouvé d'en désigner deux.

Pour ce qui ne concerne pas le fond de l'affaire (examen du suspect pour son état de santé est compatible avec la détention par exemple) un seul expert suffit, mais le juge peut en désigner deux.

## **LA MISSION DE L'EXPERT ET LES RÈGLES À OBSERVER**

Le technicien désigné a l'obligation d'effectuer l'expertise. Il doit procéder personnellement à tous les examens nécessaires (sauf à se faire aider, si le magistrat y consent par un spécialiste d'une discipline déterminée).

L'expert doit effectuer sa mission avec promptitude. La longueur des opérations d'expertise et son retentissement sur le cours des procès sont sujets traditionnels de critiques. Les textes récents ont voulu y mettre un terme. Le

nouveau code de procédure civile a procédé à une diversification des interventions susceptibles d'être demandées à un homme de l'art.

Une véritable expertise n'est pas toujours nécessaire, il a prévu trois degrés possibles dans les missions plus ou moins approfondies confiées aux techniciens.

Les pouvoirs de l'expert varient selon la spécialité dont il s'agit. Textes civils et pénaux insistent sur ce fait, qu'il n'est qu'un technicien habilité, dûment investi d'un mandat de justice à rapporter sur des questions de fait. Il en résulte d'une part qu'il doit s'abstenir de toute interprétation d'ordre juridique. Il en résulte surtout en matière pénale, qu'il doit s'en tenir strictement aux termes de la mission qui lui a été confiée.

C'est la raison pour laquelle, alors que le pouvoir d'investigation des experts sur les choses et les documents, est illimitée, on est très réservé en procédure civile comme pénale sur possibilité d'interroger les personnes.

### DÉFINITION DE L'EXPERTISE, NÉCESSITÉS

L'expertise se définit simplement en une mesure d'instruction qui consiste à charger des personnes compétentes appelées experts, de faire des constatations matérielles, exigeant des connaissances techniques et d'exposer ensuite au juge, dans un rapport, le résultat et les conclusions de leur examen.

L'expertise peut s'ordonner chaque fois que se pose une question d'ordre technique et dans des domaines les plus variés que ce soit en matière de médecine légale, de psychiatrie, de toxicologie, d'écriture, comptabilité, de l'emploi d'une arme à feu, ou d'un accident causé par un véhicule, ou encore une catastrophe de chemin de fer, aviation ou tout autre accident.

Il ne s'agit pas d'apprécier les constatations des déclarations mentionnées dans un procès verbal d'enquête officieuse ou de discuter la sincérité ou la valeur d'un témoignage, mais de connaître l'avis d'un technicien qui dira ce qu'il a constaté et qui expliquera son origine, sa cause et ses conséquences.

Le juge n'est pas lié par l'expertise, nous l'avons souligné plus haut, il peut rejeter les conclusions et si elle ne lui paraît pas complète, si elle ne répond pas aux questions posées par la mission donnée à l'expert, il peut toujours ordonner une contre expertise.

L'inculpé, comme la partie civile, a la faculté de discuter les conclusions du rapport d'expertise encore faut-il qu'il apporte des arguments d'ordre technique qui fournira à son Conseil qui sera documenté auprès d'autres experts, dont il demandera la désignation pour un nouvel examen. Tout ceci répond à une pratique habituelle et s'insère dans une réglementation à l'usage des praticiens du droit et des professionnels en général.

Si une affaire civile s'instruit à l'aide des textes juridiques, une affaire criminelle qui n'est qu'une manifestation de l'activité de l'homme s'explique dans le réalisme.

On ne raisonne pas en cette matière comme dans l'autre par voie des syllogismes. On constate et l'on mesure des phénomènes psychiques. L'acte humain doit être examiné et doit être compris dans le monde extérieur, là où il se produit. Et pour y pénétrer avec efficacité, en déceler les mobiles, et les causes initiales des actes, le juge a besoin de ses collaborateurs et auxiliaires, notamment les experts.

Quelle que soit la mission qui leur a été confiée, si techniques que soient leurs rapports, il est nécessaire que leurs conclusions soient claires et précises pour s'imposer aux magistrats, qui ont intérêt à se faire expliquer telle constatation, ou telle analyse et la manière dont l'expert est arrivé à l'élaboration de ses conclusions.

Le juge, chargé de parvenir à la manifestation de la vérité, tâche difficile et extrêmement laborieuse parfois, est toujours obligé de dire le droit, quels que soient les problèmes à résoudre.

Il faut souligner d'autre part que la science au service de l'expert constitue la possibilité maîtresse qu'il doit appréhender avec le maximum de connaissances et de technicité. Appliquant les règles propres à la méthode d'observation clinique, auxiliaire confirmé d'une justice de plus en plus scientifique, l'expert essaiera d'expliquer plutôt que de convaincre, condition requise pour assurer l'efficacité et de son travail et de l'importance de son rôle dans la construction de cet édifice qu'est la vérité judiciaire.

Les techniques scientifiques dûment maîtrisées, par les experts qualifiés, rendent un service considérable à la justice.

Les experts judiciaires se sont de véritables artisans, indispensables à la construction de cette œuvre immense qu'est la vérité judiciaire.

L'ensemble de ces observations permet de justifier les rapports directs existants, entre la méthodologie juridique et la philosophie du droit ; l'une exprimant la substance et l'autre l'essence du droit.

Mes réflexions sur les rapports entre la réalité sociale et le droit, ainsi que sur l'influence des faits sur le droit, reflètent que celui-ci est davantage l'instrument de l'évolution sociale que son élément primordial.

# L'INCIDENCE DE LA RÈGLE MORALE DANS LA RÉALISATION DU DROIT

COMMENTAIRE DES CHAPITRES I, II ET IV DE  
"LA RÈGLE MORALE DANS LES OBLIGATIONS CIVILES"

Par

Jean-Paul DELVILLE  
*ATER en droit privé - Docteur en Droit -  
Faculté de Droit et de Science Politique de Rennes*

## SOMMAIRE

<b>INTRODUCTION</b>	<b>N° 1 à 6</b>
<b>PREMIÈRE SECTION - LA CONCURRENCE NORMATIVE ENTRE LA RÈGLE MORALE ET LA RÈGLE JURIDIQUE</b>	<b>N° 7 à 74</b>
<b>I - L'IDENTIFICATION DES SYSTÈMES</b>	<b>N° 8 à 32</b>
A - La définition des critères de distinction	N° 9 à 21
1 - L'identité et la spécificité des deux règles	N° 10 à 15
2 - La validité des deux règles	N° 16 à 21
B - L'utilisation des critères de distinction	N° 22 à 32
1 - La valeur morale des règles appliquées	N° 23 à 26
2 - La nature des règles appliquées	N° 27 à 32
<b>II - LA RÉPARTITION DES RÈGLES</b>	<b>N° 33 à 69</b>
A - La formation du contrat	N° 34 à 50
1 - La référence à la règle morale	N° 35 à 44
2 - L'incompatibilité de la règle juridique et de la règle morale	N° 45 à 50
B - L'exercice des droits	N° 51 à 64
1 - La théorie de l'abus des droits	N° 52 à 56
2 - Les hypothèses particulières d'exercice abusif des droits	N° 57 à 64

<b>C - La fraude</b>	<b>N° 65 à 69</b>
1 - La fraude aux droits des créanciers	N° 66
2 - Le transfert ou la création des droits inconciliables	N° 67
3 - La fraude à la loi	N° 69 et 70
<b>CONCLUSION</b>	<b>N° 70 à 74</b>
<b>DEUXIÈME SECTION - L'ÉVICTION DE LA RÈGLE JURIDIQUE PAR LA RÈGLE MORALE</b>	<b>N° 75 à 168</b>
<b>I - LES CATÉGORIES MIXTES</b>	<b>N° 76 à 127</b>
A - L'élément emprunté à la règle juridique	N° 77 à 82
B - L'élément emprunté à la règle morale	N° 83 à 99
1 - Les catégories non spécifiées	N° 84 à 86
2 - Les actes intentionnels	N° 87 à 90
3 - Les actes simplement conscients	N° 91 à 99
C - Le lien de causalité entre les éléments de qualification	N° 100 à 127
1 - La causalité objective	N° 101 à 108
2 - La causalité subjective	N° 109 à 127
<b>II - LA SANCTION DE LA RÈGLE MORALE</b>	<b>N° 128 à 166</b>
A - La description des sanctions	N° 129 à 146
1 - Définition des sanctions au regard des règles juridiques	N° 130 à 135
2 - Définition des sanctions au regard de la règle morale	N° 136 à 146
B - La justification des sanctions	N° 147 à 166
1 - Le pouvoir judiciaire	N° 145 à 149
2 - Les degrés de validité	N° 153 à 166
<b>CONCLUSION</b>	<b>N° 167 et 168</b>

## INTRODUCTION

1 - L'œuvre de Georges Ripert est, pour l'essentiel, consacrée à l'étude des forces créatrices du droit (1), qui conditionnent le contenu des règles juridiques (2). Comme il l'écrit lui-même dans le dernier de ses ouvrages, "le positivisme juridique présente le droit comme une création du pouvoir politique. Cette création est précédée d'une lutte de forces sociales. J'ai tenté d'étudier, dans des ouvrages successivement publiés, la naissance des lois en examinant quelle influence exercent, pour la création du droit, les principes de la morale chrétienne, la force du nombre dans une démocratie, la défense des intérêts dans une société capitaliste, et aussi quel danger naît du trop facile abandon des principes traditionnels" (3). L'un de ces ouvrages, "La règle morale dans les obligations civiles" (4), met en lumière l'incidence de la morale dans la réalisation du droit.

2 - Constituée de règles, la morale se distingue des autres forces créatrices, assimilables à de simples faits, sociaux ou politiques. Norme, la morale franchit aisément la frontière juridique (5). Elle offre un contenu normatif élaboré que le droit dote d'une sanction. Cette consécration positive des devoirs moraux est susceptible de degrés et prend la forme d'une règle obligatoire (6) ou d'une obligation naturelle (7), "fantôme d'obligation non obligatoire", dont la sanction est imparfaite (8). Dans ces hypothèses, la règle morale inspire la règle positive et lui emprunte sa normativité (9).

3 - La règle morale bénéficie en outre d'une valeur normative propre : "[elle] peut être étudiée... dans sa *fonction normative* quand elle vient empêcher l'abus de la forme juridique que des intéressés ont utilisée pour des fins que la morale réproouve" (10). Les développements consacrés à cette notion occupent une place marginale dans l'œuvre de Ripert : la fonction normative n'est pas une force créatrice mais un principe correcteur (11) qui tempère l'application de la règle de droit, par l'application d'une autre règle (12).

4 - Ripert consacre à la fonction normative trois chapitres qui décrivent ses manifestations : le chapitre I, "La morale et le contrat" (13), traite de la cause illicite et immorale, des vices du consentement, de l'équité dans le fonctionnement

(1) Rouast, "L'œuvre civiliste de Georges Ripert", R.T.D. Civ. 1959, p. 1 et s.

(2) Ripert, "Les forces créatrices du droit", L.G.D.J. 1955, N° 25, p. 73.

(3) Op. cit., préface, p. VI.

(4) La première édition de "La règle morale dans les obligations civiles" date de 1925. Nous nous référons au texte publié en 1949 par la L.G.D.J..

(5) Ripert, "La règle morale dans les obligations civiles", N° 39, p. 72 et 73.

(6) Op. cit., N° 3, p. 7 : Le devoir de ne pas nuire injustement à autrui est consacré par les règles de la responsabilité civile. Le devoir de ne pas s'enrichir injustement aux dépens d'autrui par l'action de in rem verso etc. Sur ce point, cf. Ripert, op. cit., Chapitre II, p. 197 et s.

(7) Sur le problème de l'obligation naturelle, op. cit. p. 363 et s.

(8) "...quand la règle morale n'arrive pas à prendre figure juridique, nous la voyons parfois errer aux frontières du droit, demander qu'on la considère au moins sous la forme décolorée d'une obligation naturelle...", Ripert, op. cit., N° 3, p. 7 et 8. "L'obligation naturelle est un devoir moral qui monte à la vie civile", op. cit., N° 192, p. 398.

(9) Op. cit., N° 6, p. 10.

(10) Op. cit., N° 3, p. 6.

(11) J.-L. Bergel, "Théorie générale du droit", 2° édition, N° 86, p. 99.

(12) Pour une application de la fonction normative de la règle morale en matière d'arbitrage international, cf. P. Mayer, "La règle morale dans l'arbitrage international", Études P. Bellet, Litec 91, p. 379 et s., notamment n° 18, p. 389.

(13) Ripert, op. cit., Chapitre I, p. 37 et s.

des incapacités, du contrat d'adhésion et de la lésion. Le chapitre II, "L'exercice abusif des droits" (14), étudie la révision des contrats (15), l'abus des droits et la maxime "nemo auditur". Le chapitre IV, "La répression de la fraude et la peine civile" (16), envisage la fraude sous ses différents aspects : la fraude paulienne, la fraude dans le transfert ou la création des droits, la complicité de violation d'une obligation contractuelle et la fraude à la loi (17).

5 - La technique de la fonction normative, que Ripert utilise dans ces développements reste sous-jacente ; le but, clairement exprimé (18), est de dresser l'inventaire des solutions juridiques inspirées ou dictées par la morale. Menée dans cette direction, l'étude systématique des chapitres I, II et IV de "La règle morale..." ne présenterait pas d'aspect novateur. En revanche la richesse de la structure qui soutient les institutions étudiées en rend l'analyse opportune. À cet égard, les lignes consacrées à l'abus des droits (19) sont révélatrices (20) : "Dans quelle mesure le devoir moral de ne pas causer méchamment un préjudice à autrui peut-il annihiler entre les mains de son titulaire le droit qu'il possède ?" (21). D'emblée la fonction normative apparaît comme un mode de résolution des conflits entre les normes juridiques et les normes morales. La confrontation de ses diverses manifestations confirme et enrichit cette idée. Dégagée de toute critique relative à l'utilisation de la morale en matière juridique et de toute tentation d'évaluer l'actualité ou l'opportunité des solutions qui en découle, l'approche formelle du texte de Ripert permet de mettre à jour une véritable contribution à l'étude des systèmes normatifs (22).

6 - La totalité des normes, dont les normes juridiques ou morales, se répartit en systèmes. Chacun d'eux bénéficie d'un domaine de compétence, qui découle de l'ensemble des paramètres déterminant sa mise en œuvre. D'après l'opinion dominante, la règle morale, dès lors qu'elle n'est pas consacrée par une loi positive, ne doit pas interférer avec elle : l'application par les tribunaux de la règle morale serait contraire à la liberté civile, dont la liberté d'opinion est l'un des aspects (23). Telle n'est pas la conception de Ripert. Le droit et la morale, dont l'importance respective est globalement indéterminée, entrent en concurrence (Section I). Seul un principe de prévalence, variable en fonction de chaque norme, peut conduire à l'éviction d'une règle juridique, a priori applicable, par une règle morale (Section II).

(14) Op. cit., Chapitre II, p. 129 et s.

(15) D'après Ripert, la résolution est une application du pouvoir du juge de réviser le contrat. Op. cit., N° 76, p. 132 et 134.

(16) Op. cit., Chapitre IV, p. 287 et s.

(17) Sur l'apport du Doyen Ripert au droit civil, cf. A. Rouast, op. cit.

(18) Ripert, op. cit., N° 1, p. 1.

(19) Op. cit., N° 89 et s., p. 157 et s.

(20) La théorie de l'abus des droits est une clef pour l'interprétation du texte de Ripert, dont la thèse de doctorat porte sur "L'exercice du droit de propriété dans ses rapports avec les propriétés voisines".

(21) Ripert, "La règle morale dans les obligations civiles," N° 95, p. 167.

(22) La fonction normative de la règle morale, qui a pour résultat l'éviction d'une règle juridique au profit d'une règle morale, est une technique d'équité. Cf. S. Zaki, "Définir l'équité", A.P.D., tome 35, Sirey 1990, p. 87 et s.

(23) Ripert, op. cit., N° 4, p. 7.

## PREMIÈRE SECTION LA CONCURRENCE NORMATIVE ENTRE LA RÈGLE MORALE ET LA RÈGLE JURIDIQUE

7 - La fonction normative de la règle morale entraîne l'éviction d'une règle juridique par une règle proprement morale. Elle met donc en cause deux systèmes normatifs distincts (I) entre lesquels se répartissent les règles évincées et les règles appliquées (II).

### I - L'IDENTIFICATION DES SYSTÈMES NORMATIFS

8 - L'identification des systèmes normatifs a une importance particulière : la fonction normative, qui se situe dans une dualité d'ordre normatif, suppose l'utilisation (B) de critères clairement définis (A).

#### A - La définition des critères de distinction

9 - La définition des critères de distinction des deux règles n'est pas évidente, car, pour Ripert, la règle morale et la règle juridique sont de même nature. Leur spécificité intrinsèque doit pourtant être soulignée (1). Elle est accentuée par le fait que ces deux types de règle ne sont pas valides au même titre (2).

##### *1 - L'identité et la spécificité des deux règles*

10 - "Il n'y a en réalité entre la règle morale et la règle juridique aucune différence de domaine, de nature et de but... Mais il y a une différence de caractère" (24) affirme nettement Ripert.

11 - Il réfute l'opinion suivant laquelle le droit réglerait une partie seulement des devoirs moraux (25). Le droit peut sanctionner tout devoir moral. Cela ne signifie pas que toute règle positive sanctionne effectivement un devoir moral (26) ni que toute règle morale soit sanctionnée juridiquement, mais seulement qu'on ne peut distinguer, a priori, les deux types de règles au regard de leur contenu normatif : le même contenu normatif peut être considéré sous un aspect tant moral que juridique. Ainsi le devoir de ne pas nuire injustement à autrui a-t-il une valeur morale ; il est en outre consacré juridiquement, par les règles relatives à la responsabilité civile. De même le devoir moral de ne pas s'enrichir injustement aux dépens d'autrui est sanctionné, notamment, par la théorie de l'enrichissement sans cause ; le devoir d'assistance envers autrui fait l'objet d'une consécration juridique partielle (27).

12 - De même on ne peut soutenir que le droit aurait pour but l'ordre social, et la morale le perfectionnement de l'individu ; que l'ordre social se réaliserait par la réglementation des actions, le perfectionnement de l'individu par celui des intentions (28). Pour Ripert, la règle juridique comme la règle morale permettent de réaliser ces deux fins, par les mêmes moyens (29). En effet le droit considère l'intention de

(24) Ripert, *op. cit.*, N° 6, p. 10.

(25) *Op. cit.*, n° 5, p. 9.

(26) *Op. cit.*, n° 14, p. 23. Pour une application, *op. cit.*, N° 166, p. 310.

(27) *Op. cit.*, p. 269 et s.

(28) *Op. cit.*, n° 5, p. 10

(29) *Idem.*

diverses manières : elle peut influencer sur l'illicéité de l'acte (30) ; elle peut également constituer un élément de sa régularité (31). Le but de la règle et les moyens d'y parvenir ne peuvent donc, eux non plus, servir de critères de distinction entre le droit et la morale.

13 - Cependant la règle juridique et la règle morale ont des caractères spécifiques. "La règle morale devient règle juridique grâce à une injonction plus énergique et une sanction nécessaire pour le but à atteindre. Elle s'incarne et se précise par l'élaboration technique de la règle juridique" (32). La caractéristique spécifique de la règle de droit réside dans sa technicité : ses conditions d'application sont nettement cernées ; elle définit ce qui est obligatoire, permis ou défendu. De plus, elle indique la sanction qui permet de remédier à sa violation. Concrètement, elle se révèle par sa formulation explicite. À l'opposé, la règle morale apparaît comme un précepte général de conduite, dépourvu de sanction (33).

14 - Les règles morales et les règles juridiques s'organisent donc de la manière suivante : la morale constitue un ensemble de préceptes généraux ; le droit contient deux classes de règle : celles qui ne sanctionnent pas un devoir moral ; celles qui sanctionnent un tel devoir (34). Du fait de sa précision, la règle juridique ne consacre que partiellement la règle morale ; la sanction légale des devoirs moraux implique une délimitation de ces devoirs (35).

15 - Le critère relatif à la précision de la règle n'est pas autonome : la règle juridique est formulée et précisée au cours de la mise en œuvre des sources formelles du droit. Or la théorie des sources conditionne également la validité de la règle.

## *2 - La validité des deux règles*

16 - La validité de la règle juridique est principalement formelle : "Quand cette règle a été donnée et sanctionnée par le législateur, elle se sépare de la règle [morale] qui lui sert de fondement, en ce sens que le droit, s'identifiant avec l'ordre juridique établi, se suffit à lui-même" (36). La règle de droit bénéficie d'une validité qui lui est propre, indépendante des rapports qu'elle peut entretenir avec la règle morale. Il n'est pas nécessaire qu'elle soit conforme à la règle morale pour être valide (37). Une règle est juridiquement valide, dès lors qu'elle résulte d'une mise en œuvre des sources formelles du droit. C'est en ce sens que, d'après Ripert, la règle positive s'identifie avec l'ordre juridique établi, et sa validité avec sa positivité.

17 - La validité de la règle juridique est accessoirement matérielle (38). L'origine de la règle n'est pas le seul élément au regard duquel doit s'apprécier sa

(30) Op. cit., n° 162, p. 197, à propos des articles 1150 et 1151 du code civil.

(31) Op. cit., n° 157, p. 287, à propos des effets de la bonne foi.

(32) Ripert, op. cit., n° 6, p. 10.

(33) Cf. Ph. Jestaz, "Pouvoir juridique et pouvoir moral", R.T.D. Civ. 1990, p. 624 et s., notamment p. 635 et 636.

(34) Ripert, op. cit., n° 14, p. 23.

(35) Cf. supra, n° 13.

(36) Ripert, op. cit., n° 6, p. 10.

(37) Op. cit., n° 13 et 14, p. 23.

(38) Cf. Ripert et Boulanger, "Traité de droit civil d'après le traité de Planiol", L.G.D.J. 1956, Tome I, N° 236 et 242, p. 107 et 109. Ripert et Boulanger utilisent l'adjectif "matériel", rapporté aux termes "sources" et "autorité", pour désigner l'assentiment aux décisions de jurisprudence. Cf. également Ost et Van de Kerchove, "Jalons pour une théorie critique du droit", publications des Facultés Universitaires de Saint Louis, Bruxelles 1987, p. 270 et s.

validité : "Le positivisme juridique ne peut nous donner complète satisfaction, puisqu'il n'explique pas le respect de la règle de droit par le sentiment même du droit" (39). Une règle qui ne serait pas ressentie, par les sujets de droit, comme obligatoire ne serait pas valide (40). Cette validité doit donc s'apprécier également au regard de l'assentiment des destinataires de la norme.

18 - La validité de la règle morale, quant à elle, est matérielle. Elle s'impose parce qu'elle reçoit l'assentiment de la majorité des membres d'une société (41).

19 - La règle juridique et la règle morale se distinguent donc, au regard de leur validité, en cela que la règle morale a une validité seulement matérielle, alors que la règle de droit est valide à la fois de manière matérielle et formelle.

20 - Mais ces deux types de règle se distinguent encore au regard de leur validité matérielle. En effet, la règle morale et la règle de droit ne reçoivent pas un assentiment de même nature : "le droit ne réclame qu'une seule chose, l'obéissance aux lois ; les raisons de l'obéissance restent le secret des âmes. L'autorité publique assure la sanction ; elle ne demande pas compte des motifs de la soumission" (42). Il suffit que l'assentiment au droit existe ; les motifs qui expliquent le "désir d'obéissance" (43) sont indifférents. A contrario, la règle morale réclame une adhésion en conscience. L'assentiment des destinataires de la règle n'est donc pas le même dans les deux cas, et, par conséquent, la validité juridique matérielle doit s'apprécier différemment de la validité morale.

21 - En conséquence, le système juridique regroupe les règles formellement valides, qui reçoivent un assentiment indéterminé de la part des sujets de droit. Le système moral est constitué de règles qui reçoivent un assentiment en conscience. Le critère de la validité, complété par celui de la précision, doit permettre de reconnaître aisément la nature, morale ou juridique, des règles. L'utilisation qu'en fait Ripert soulève néanmoins des difficultés.

## B - L'utilisation des critères de distinction

22 - Les critères de distinction des systèmes définis dans "La règle morale dans les obligations civiles" n'y sont pas toujours utilisés explicitement. Ripert insiste sur la valeur morale des règles appliquées (1) mais ne fournit que des indications sommaires sur leur nature proprement morale ou juridique (2).

### 1 - La valeur morale des règles appliquées

23 - Les règles qui ont une valeur morale regroupent les préceptes moraux et les sanctions légales des devoirs moraux. L'étude de chaque manifestation de la fonction normative contient une démonstration de l'applicabilité de telles règles à un ensemble de situations de fait (44). Ainsi à propos de la violence, Ripert écrit :

(39) Ripert, *op. cit.*, n° 13, p. 22.

(40) *Op. cit.*, n° 15, p. 26 et n° 17, p. 29.

(41) *Op. cit.*, n° 14, p. 23, n° 15, p. 25 et n° 16, p. 27.

(42) *Op. cit.*, n° 13, p. 22.

(43) *Idem.*

(44) À propos de la théorie des vices du consentement en général, cf. Ripert *op. cit.*, N° 41, p. 76 ; à propos de l'erreur, N° 42, p. 78 et 79, à partir de "comme il fallait expliquer cette extension de la théorie..." jusqu'à "...qui se révèle inutile pour elle" ; à propos de la violence, N° 45, p. 83, à partir de "Supposons que l'acte d'où naît la crainte..." jusqu'à "...est imposé par une considération de justice" ; à

"Supposons que l'acte d'où naît la violence soit un acte légitime, le consentement de celui qui s'oblige n'en est pas moins altéré, le contrat n'est pourtant pas frappé de nullité. On ne peut mieux démontrer que la nullité n'est prononcée que dans les hypothèses où l'annulation du contrat est imposée par une considération de justice" (45).

24 - Cette hypothèse, qui est une mise en œuvre de l'article 1111 du code civil, se caractérise par trois éléments : la légitimité de l'acte d'où naît la crainte, l'altération du consentement de la partie qui s'oblige et la validité du contrat. Ces éléments s'analysent comme des conditions d'application ou des sanctions qui se rattachent à deux règles. La première résulte du principe de l'autonomie de la volonté : si le degré de volonté est insuffisant, le contrat est nul (46). La seconde s'intègre dans une conception morale des vices du consentement : si l'acte d'où naît la crainte est illégitime, le contrat est nul.

25 - Les conditions d'application de ces deux règles sont partiellement identiques : la crainte qui naît de l'acte de violence est une forme d'altération du consentement. Mais les sanctions prévues sont opposées lorsque la volonté est altérée par un acte de violence légitime : le contrat est nul au regard de la première règle, valable au regard de la seconde.

26 - Lorsque le consentement est inspiré par la crainte, la validité du contrat doit s'apprécier au regard de la légitimité de l'acte de violence (47). La règle appliquée est celle qui a une valeur morale (48). Au moyen de cette analyse, Ripert établit que la théorie des vices du consentement (la violence) ne procède pas du principe de l'autonomie de la volonté - qui conduirait à des solutions inverses s'il s'appliquait aux actes qui engendrent la crainte - mais d'une règle d'inspiration morale. Cette conclusion est satisfaisante au regard de l'objet de "La règle morale dans les obligations civiles", montrer que " le droit dans sa partie la plus technique est dominé par la loi morale" (49). Cependant, elle ne rend pas compte avec exactitude des mécanismes qui ont pour résultat l'éviction d'un corps de règles juridiques. Ce mécanisme dépend de la nature de la règle appliquée.

## *2 - La nature des règles appliquées*

27 - Suivant que l'on se réfère à la sanction légale d'un devoir moral ou à une règle morale, l'éviction de la règle juridique se fait suivant des schémas différents.

### a - L'éviction d'une règle juridique au profit de la sanction légale d'un devoir moral

28 - Les règles juridiques qui sanctionnent des devoirs moraux ne sont pas constitutives d'un système normatif qui se distinguerait de l'ordre juridique. Dans un même système, les domaines d'application des règles sont organisés de façon à éviter les antinomies. Par exemple, si toutes les règles qui régissent la violence subie par

---

propos du dol, N° 47, p. 87 et 88, à partir de "Pour conserver au dol son caractère..., jusqu'à "...le priver du bénéfice du contrat". D'une manière générale, cf. infra, N° 33 et s.

(45) Ripert, op. cit., n° 45, p. 83.

(46) Op. cit., n° 41, p. 76.

(47) Op. cit., n° 45, p. 83.

(48) Idem.

(49) Op. cit., n° 1, p. 1.

un contractant sont juridiques, la règle suivant laquelle le contrat est valable si l'acte qui engendre la crainte est légitime déroge à celle qui prévoit que le débiteur n'est pas obligé lorsque sa volonté a été altérée.

29 - Il se peut qu'une règle dérogatoire sanctionne un devoir moral. Dans ce cas, il y a en quelque sorte éviction d'une règle juridique par une règle d'inspiration morale. Mais cette règle est précisée juridiquement. C'est pourquoi cette hypothèse n'est pas une manifestation de la fonction normative, qui suppose l'application d'une règle strictement morale. Cette précision suscite des difficultés dans l'interprétation des chapitres I, II et IV de "La règle morale...". En effet Ripert y traite concurremment des règles morales sanctionnées légalement et de celles qui sont proprement morales. Mais, outre que la distinction est justifiée au regard de la définition qu'il donne de la fonction normative, ce regroupement, même s'il contribue à occulter la diversité des mécanismes techniques en cause, s'explique par le fait que la sanction positive des devoirs moraux et l'application directe des règles proprement morales correspondent toutes deux à un esprit de moralisation du droit civil (50).

30 - Il convient donc de déterminer si les règles exposées par Ripert sont, au regard des critères de la précision ainsi que de la validité et non pas seulement de leur contenu, des règles de droit ou des règles morales. Les critères qui permettent d'identifier la nature positive de la règle sont cumulatifs : une règle est juridique uniquement lorsqu'elle est formulée avec précision dans le cadre d'une mise en œuvre des sources formelles du droit (51). Si une loi se réfère à la règle morale sans la préciser, on ne peut parler alors de règle juridique. Le législateur autorise le juge à utiliser directement la règle morale. Il s'agit d'une application légale de la fonction normative (52). La jurisprudence, quant à elle, "jouit d'une simple autorité de fait" (53). Mais si la validité formelle lui fait défaut, elle bénéficie d'une autorité matérielle qui résulte de "la réception des règles par les justiciables... et plus spécialement par les juristes" (54). Sous ces réserves, si les solutions adoptées par les tribunaux sont fixées, elles donnent naissance à des règles jurisprudentielles (55). Dans le cas contraire, le juge utilise une règle, juridique ou morale, mais n'en crée pas. La fonction normative entre en ligne de compte uniquement lorsque la règle utilisée est proprement morale.

#### b - L'éviction d'une règle juridique au profit d'une règle morale

31 - Des antinomies risquent de survenir entre des règles qui appartiennent à des systèmes normatifs distincts, car chacun de ces systèmes organise les domaines d'application des règles qu'il contient, de manière autonome. Par exemple, si les règles qui sanctionnent la violence subie par un contractant appartiennent à des systèmes normatifs distincts, le contrat est juridiquement nul mais moralement valable lorsque le consentement a été altéré par un acte de violence légitime (56).

(50) Ripert, *op. cit.*, n° 170, p. 319 et 320 et n° 1, p. 1.

(51) "[La règle morale] s'incarne et se précise par l'élaboration technique de la règle juridique," *op. cit.*, n° 6, p. 10.

(52) La mise en œuvre de la fonction normative est toujours jurisprudentielle, puisqu'elle se situe au niveau de l'application des règles. Cf. *infra*, n° 144.

(53) Ripert et Boulanger, "Traité de droit civil d'après le traité de Planiol", L.G.D.J. 1956, Tome I, n° 239, p. 108.

(54) Ripert et Boulanger, *op. cit.*, n° 242, p. 109.

(55) *Op. cit.*, n° 243, p. 109 et 110.

(56) En comparant les deux types de règles, Ripert gomme l'une des particularités des préceptes moraux, qui ne comportent pas de sanction : à proprement parler, un contrat n'est pas moralement

L'application d'une règle proprement morale suppose l'éviction de la règle juridique avec laquelle elle est incompatible, ce qui est l'objet même de la fonction normative. Une autre solution pourrait conduire à l'application de sanctions opposées à une même situation.

32 - Bien qu'elles soient analogues dans leurs conséquences pratiques, l'application de la sanction légale d'un devoir moral et l'éviction d'une règle juridique au profit d'un précepte moral sont des mécanismes normatifs extrêmement différents. Il importe donc de rechercher dans chaque cas le fondement de l'application des règles morales que Ripert étudie. Un tel fondement résulte de l'exacte répartition de ces règles entre les différents systèmes normatifs.

## II - LA RÉPARTITION DES RÈGLES

33 - Puisque la fonction normative de la règle morale consiste dans l'éviction d'une règle juridique au profit d'une règle morale proprement dite, il convient, afin de caractériser les manifestations de cette fonction, de montrer comment chacune d'elle s'inscrit dans une dualité normative, d'observer quelles sont les règles juridiques évincées et les règles morales appliquées. Le mieux est de suivre ici l'ordre adopté par Ripert et de passer successivement en revue les chapitres I, II et IV de "La règle morale dans les obligations civiles".

### A - La formation du contrat

34 - Cette rubrique regroupe plusieurs manifestations de la fonction normative de la règle morale : la cause illicite et immorale (57), la théorie des vices du consentement (58) et le problème de la lésion (59). L'utilisation des critères qui permettent de distinguer les différents types de règles montre que la formation du contrat est soumise à des considérations morales. Les règles effectivement appliquées sont désignées par la loi ou la jurisprudence comme des règles morales dépourvues de formulation technique (1). En outre elles sont incompatibles avec les règles juridiques qui devraient régir la matière (2).

#### *1 - La référence à la règle morale*

35 - Juridiquement, la théorie des vices du consentement résulte des articles 1109 et suivants du code civil ; la cause illicite est visée aux articles 1108, 1131 et 1133 (60) ; la lésion à l'article 1118 du code civil. Quel est exactement le contenu normatif de ces dispositions ? Contiennent-elles des règles suffisamment précises pour donner une solution aux problèmes liés à la formation du contrat, sans recourir directement à la règle morale ?

---

valable ou nul ; il est seulement conforme ou contraire à la morale. Cette simple précision n'affaiblit en rien le raisonnement de Ripert. L'incompatibilité entre la règle juridique et la règle morale est bien réelle. En premier lieu, l'attribution d'une sanction à la règle morale peut être faite par anticipation : la sanction envisagée, bien qu'extérieure à la règle, est celle qui résultera de la mise en œuvre de la fonction normative (cf., infra, N° 128 et s.). En second lieu, un même acte peut se révéler conforme à la prescription de conduite que contient implicitement la règle positive et contraire à la norme morale.

(57) Op. cit., p. 40 et s.

(58) Op. cit. p. 75 et s.

(59) Op. cit., p. 130 et s.

(60) Ripert, op. cit., N° 23, p. 40.

36 - "La cause est illicite... quand elle est contraire aux bonnes mœurs ou à l'ordre public" (61). Pour Ripert, l'article 1133 renvoie à la règle morale (62). Il ne contient aucune indication précise permettant de détecter l'existence d'une cause illicite ou immorale dans le contrat sans y recourir directement. De telles précisions ne sont pas totalement absentes du code (63), mais elles sont partielles, et, de ce fait, laissent place à une application directe de la règle morale (64). À travers la jurisprudence, la cause se révèle immorale si le contrat réalise la violation d'un devoir comme celui de ne pas disposer, sans motif légitime, de sa vie, de sa personne ou de sa liberté (65) ; de ne pas s'enrichir injustement aux dépens d'autrui (66) ; de ne pas porter atteinte à la morale sexuelle (67), etc.. Les décisions de jurisprudence qui prononcent la nullité d'une convention pour cause immorale font application de ces préceptes moraux sans néanmoins leur donner une formulation suffisamment précise pour qu'on puisse les considérer comme des règles juridiques (68). Cela n'empêche pas d'ailleurs, que la règle en cause soit énoncée juridiquement dans un autre domaine : le devoir de ne pas s'enrichir injustement aux dépens d'autrui passe la frontière juridique dans la théorie de l'enrichissement sans cause. Mais elle ne contient pas alors la sanction nécessaire au but à atteindre : l'action de in rem verso ne peut être invoquée utilement pour obtenir l'annulation d'un contrat (69).

37 - Pareillement, la référence à la règle morale est inévitable dans l'appréciation des vices du consentement. Mais "l'aspect moral de la théorie" (70) est équivoque : il peut s'agir soit du fondement moral de la règle juridique soit de l'application d'une règle morale.

38 - L'article 1110 du code civil se réfère à l'erreur sur la substance de la chose et l'erreur sur la personne (71). La jurisprudence, au terme d'une interprétation extensive, exige seulement que l'erreur soit déterminante et commune. La constance et la précision de ces solutions invitent à penser qu'elles constituent de véritables règles jurisprudentielles (72) et non une application de la fonction normative de la règle morale.

39 - L'annulation pour dol semble être organisée par des règles juridiques précises. L'article 1116 du code civil exige des manœuvres dolosives, que le dol ait un caractère déterminant et qu'il émane du cocontractant. Néanmoins la notion de manœuvres dolosives n'est pas nettement définie et les tribunaux doivent recourir

(61) Article 1133 du code civil.

(62) Pour Ripert, il existe un lien très étroit entre la morale et les bonnes mœurs. Op. cit., N° 23, p. 40 et s., N° 69 et 39, p. 73. Pour un exposé et la critique des diverses conceptions, cf. N° 37 et s., p. 67 et s.

(63) Op. cit., N° 26, p. 49, à propos des articles 1965 et 1967 du code civil.

(64) Op. cit., N° 23, p. 41.

(65) Op. cit., N° 24, p. 42 et s.

(66) Op. cit., N° 26, p. 49.

(67) Op. cit., N° 25, p. 46.

(68) Op. cit., N° 24, p. 42 et N° 39, p. 73.

(69) Sur l'enrichissement sans cause, cf. Ripert, op. cit., p. 244 et s.

(70) Op. cit., N° 41, p. 76.

(71) Ripert ne traite pas de l'erreur sur la personne.

(72) Le caractère déterminant de l'erreur fait l'objet d'une règle juridique, formulée avec précision : "l'erreur doit être prise en considération lorsqu'elle est telle que sans elle l'une des parties n'aurait pas contracté". De plus l'annulation pour erreur est utilisée comme un "procédé technique de protection", par une jurisprudence constante, Ripert, op. cit., N° 42, p. 77 et 78. Le caractère commun de l'erreur reçoit la même analyse : "la jurisprudence exige que l'erreur soit commune aux deux contractants", op. cit., N° 44, p. 81.

directement à la règle morale, suivant laquelle nul ne doit tromper volontairement autrui, pour apprécier la conduite des contractants (73).

40 - La réticence, d'après Ripert, n'est pas, à proprement parler, constitutive d'un dol : "il n'y a pas réticence coupable, puisque l'on est pas tenu de détromper celui qui erre" (74). L'obligation morale de ne pas tromper volontairement autrui ne s'étend pas aux faits d'abstention. Néanmoins la réticence revêt un caractère dolosif "si l'une des parties à l'obligation en conscience de parler sous peine d'abuser de l'ignorance de l'autre" (75). Le fondement de la sanction de la réticence est donc l'abus consistant dans l'exploitation d'autrui, et non la tromperie (76). En réalité, il n'y a pas d'unité dans les applications de l'article 1116 du code civil.

41 - L'obligation de contracter loyalement a été précisée par la jurisprudence (77). L'exploitation de l'ignorance d'autrui est traduite juridiquement par la connaissance d'un fait que la victime avait intérêt à connaître, la conclusion d'un contrat désavantageux pour elle et l'incitation à contracter ou l'intention d'induire autrui en erreur (78). Mais pour justifier la nullité, l'exploitation d'autrui doit être injuste (79). La jurisprudence, qui suit cette solution, ne définit pas l'injustice (80). La sanction de la réticence résulte donc encore de la fonction normative de la règle morale (81).

42 - Les articles du code civil relatifs à la violence définissent les sanctions attachées à ce vice, les victimes protégées (82), les possibilités de confirmation (83) et un cas d'exclusion de la violence : la crainte révériencielle (84). Mais toute violence n'entraîne pas la nullité de la convention. Hormis l'hypothèse visée par l'article 1114 du code civil, encore faut-il rechercher si, conformément à la règle morale, la violence a un caractère injuste (85).

43 - La lésion n'est admise qu'exceptionnellement par la loi (86). En effet, comme le montre l'article 1118 du code civil, le législateur n'a pas entendu se référer directement à la règle morale en matière de lésion. Ripert le déplore : une telle référence serait selon lui souhaitable en jurisprudence (87) ; les tribunaux devraient annuler le contrat dès lors que le déséquilibre des prestations révèle l'exploitation

(73) Le dol se définit "l'acte coupable qui peut revêtir les formes les plus diverses". L'imprécision de cette définition conduit à rechercher la culpabilité morale, op. cit., N° 47, p. 87.

(74) Op. cit., N° 44, p. 82.

(75) Op. cit., N° 48, p. 89.

(76) Cela explique que la réticence et la lésion, qui font toutes deux application du même devoir moral, soient sanctionnées suivant les mêmes modalités, op. cit., N° 48, p. 88 et s., et N° 73, p. 125 et s.

(77) J. Ghestin, "Traité de droit civil", tome II, L.G.D.J. 1988, N° 430 et s., p. 465 et s.

(78) Civ 1°, 10 mai 1989, J.C.P. 1989, 11, N° 2363, obs. Legeais, J.C.P.N. 1991, II, p. 45, obs. Salvage ; Mestre, "Jurisprudence française en matière de droit civil : obligations et contrats spéciaux", R.T.D.Civ. 1987, p. 338.

(79) J. Ghestin, op. cit., N° 435, p. 472.

(80) Comparez civ. 1°, 10 mai 1989, précité et com., 12 mai 1987, Jurisprudence française, tome V, par J. Schmidt-Szalewsky, N° 44, p. 53 et 54.

(81) Sur la mise en œuvre de la sanction, cf. infra, n° 94 et 126.

(82) Article 1113 du code civil.

(83) Article 1115 du code civil.

(84) Article 1114 du code civil.

(85) Le texte de Ripert ne fournit pas d'indications explicites sur la nature de la règle qui rend la violence illégitime. La règle morale peut, semble-t-il être appliquée directement : "toutes les fois que l'acte... est régulier et légitime pour celui qui l'exerce, il ne peut être appelé acte de violence", Ripert op. cit., N° 45, p. 83.

(86) Op. cit., N° 62, p. 107 et s.

(87) Op. cit., N° 73, p. 126 et 127.

injuste d'une personne par une autre (88). Mais l'organisation légale de la lésion est difficile voire impossible : la tarification des prestations contractuelles conduirait à des conséquences économiques néfastes. Elle n'est d'ailleurs envisageable que pour les produits les plus courants (89). Surtout le prix de la volonté de contracter, qui est particulier à chaque contractant, est objectivement indéterminable (90).

44 - Dans la plupart de ces hypothèses la loi prévoit expressément l'application des règles morales, qui sont en conflit avec la doctrine de l'autonomie de la volonté.

## 2 - L'incompatibilité de la règle juridique et de la règle morale

45 - Les règles juridiques relatives à la formation du contrat se regroupent essentiellement dans la doctrine de l'autonomie de la volonté. C'est donc cet ensemble de règles qui est évincé par la fonction normative de la règle morale. L'incompatibilité entre les règles effectivement appliquées à la formation du contrat et cette doctrine met en évidence que ce sont des règles morales qui sont choisies au détriment de règles juridiques.

46 - Dans la doctrine de l'autonomie de la volonté, l'existence d'un motif immoral n'affecte pas la validité du contrat. Il suffit que l'engagement soit voulu pour qu'il soit licite (91) ; l'engagement est voulu quel qu'en soit le motif (92).

47 - Si la théorie des vices du consentement est construite sur la doctrine de l'autonomie de la volonté, l'on doit rechercher uniquement quel est l'effet du vice sur la volonté de celui qui s'oblige. Deux solutions sont alors possibles :

- l'existence de la volonté n'est pas affectée par la présence d'un vice (93) : il y a acte de volition, et, de ce fait, le contrat est formé.

- Un vice du consentement peut empêcher la formation du contrat ; il faut alors examiner le processus de réalisation de l'acte de volition pour déterminer s'il a été ou non effectué. Cette analyse psychologique devrait conduire les tribunaux à apprécier la qualité de la volonté (94), en présence de vices nommés (95). En outre les deux parties devraient pouvoir demander la nullité puisque le contrat n'est pas formé (96). En réalité, seule la victime peut agir.

48 - La rescision du contrat pour lésion est, elle aussi, en contradiction avec le principe de l'autonomie de la volonté : une fois le contenu de la convention débattu, celle-ci devient obligatoire (97).

49 - La doctrine de l'autonomie de la volonté ne permet donc pas d'expliquer toutes les solutions positives. Très schématiquement, elle contient deux règles fondamentales :

(88) Op. cit., N° 70, p. 121. L'exploitation d'autrui, dont l'enrichissement injuste est l'une des formes, consiste dans l'abus de la situation de faiblesse d'autrui. Op. cit., N° 67, p. 117.

(89) Op. cit., N° 68, p. 118.

(90) Op. cit., N° 69, p. 119 et 120.

(91) Op. cit., N° 22, p. 38.

(92) Op. cit., N° 32, p. 60 et 61.

(93) Op. cit., N° 41, p. 75 et s.

(94) Idem.

(95) Article 1109 du code civil.

(96) Loc. cit. note 92.

(97) Ripert, op. cit., N° 63, p. 109 et 110 ; N° 67, p. 117.

- sauf exception (98), chacun a le droit de contracter,
- celui qui a contracté doit donner, faire ou ne pas faire ce qui est stipulé.

Les règles proprement morales appliquées à la formation du contrat contiennent des prescriptions inverses :

- certaines actions sont interdites, même à l'occasion de la conclusion d'un contrat ;
- celui qui a subi une injustice n'est pas obligé, alors même qu'il aurait donné son consentement.

50 - L'incompatibilité entre les règles morales et les règles juridiques applicables à la formation du contrat se manifeste essentiellement au regard de la notion même de contrat. Conformément à l'article 1101 du code civil, la doctrine de l'autonomie de la volonté définit le contrat comme un acte juridique, c'est-à-dire comme une volonté créatrice d'effets de droit. Les règles relatives à la cause immorale, aux vices du consentement et à la lésion définissent dans quelles hypothèses le contrat peut se former. Les effets juridiques du contrat ne résultent pas de la seule volonté mais également de la régularité morale de l'acte de volition (99). Une telle dualité dans la notion de contrat n'est admissible que si elle est parfaitement déterminée par la précision propre aux règles dérogatoires. Dans le cas contraire, il faut admettre que les règles en cause se répartissent en deux systèmes normatifs distincts (100). La même conclusion résulte de l'étude de l'exercice des droits.

## B - L'exercice des droits

51 - La sanction de l'exercice abusif des droits regroupe trois manifestations de la fonction normative de la règle morale : la théorie de l'abus des droits au sens de la section II du chapitre II de "La règle morale dans les obligations civiles" (101) et deux hypothèses particulières d'exercice abusif des droits.

### *1 - La théorie de l'abus des droits*

52 - Dans les hypothèses envisagées par Ripert à la Section II du Chapitre II de son ouvrage, la règle morale, qui permet de caractériser l'abus, prescrit que nul ne doit nuire intentionnellement à autrui (102). Cette définition de l'abus des droits est incompatible avec le système juridique, en l'occurrence, les règles de la responsabilité civile (103) : le rapport entre le droit objectif et les droits subjectifs interdit de voir dans la responsabilité civile le fondement de la théorie de l'abus des droits.

### a - Le rapport entre le droit objectif et les droits subjectifs

53 - D'après la théorie classique, les droits subjectifs sont des droits naturels ; leur existence n'est pas subordonnée à la loi positive. Les droits subjectifs deviennent des droits positifs dès lors qu'ils sont précisés par la loi (104). Pour

(98) C'est le cas de l'incapacité de contracter.

(99) Op. cit., n° 22, p. 39.

(100) Cf. supra n° 33.

(101) Op. cit., p. 157 et s.

(102) Op. cit., n° 95, p. 167. Certaines hypothèses d'abus des droits nécessitent la mise en œuvre d'un autre critère, cf. op. cit., n° 170, p. 319.

(103) Op. cit., n° 94, p. 165.

(104) Op. cit., n° 92, p. 163.

Ripert, au contraire, les droits subjectifs ne constituent pas des prérogatives naturelles, et se distinguent ainsi des simples facultés : ils sont soit acquis au prix d'un sacrifice ou d'un travail, soit transmis, et ont essentiellement une valeur économique (105). Aussi ne peuvent-ils exister qu'à la condition que le droit positif définisse exactement quelles sont les prérogatives attribuées au titulaire du droit. Ce pouvoir doit être respecté et se double de l'obligation pour un ou plusieurs autres individus d'agir ou de s'abstenir au profit du titulaire du droit (106).

b - Le rejet de la responsabilité civile comme fondement de l'abus des droits

54 - La théorie classique explique les décisions qui sanctionnent des abus d'un droit par la responsabilité civile (107). Les droits naturels font l'objet d'une double limitation : certains d'entre eux sont précisés par la règle positive et doivent alors être exercés dans les limites que cette règle leur assigne ; tous les droits naturels sont restreints par des obligations générales (108). Aussi le titulaire d'un droit commet-il une faute s'il agit en dehors des limites particulières que lui a assignées le législateur ou s'il manque à une obligation générale. "Abuser" d'un droit, c'est en réalité sortir des limites objectives de ce droit (109).

55 - D'après Ripert, le système juridique ne peut pas expliquer la sanction de l'abus des droits ; les règles qui permettent de déterminer l'abus sont des règles morales, incompatibles avec les règles juridiques. En effet, les droits subjectifs confèrent à une personne une puissance sur une ou plusieurs autres personnes. Les personnes à l'égard desquelles cette puissance s'exerce doivent subir le dommage qui peut résulter de l'exercice du droit, ce qui exclut l'obligation, pour le titulaire du droit, de réparer ce dommage. Celui qui exerce un droit bénéficie d'une présomption d'irresponsabilité (110). Aussi ne peut-on appliquer les règles de la responsabilité civile à des actes correspondant à l'exercice d'un droit sans bouleverser la notion même de droit subjectif (111). À cela, on pourrait objecter que le système juridique lui-même autoriserait l'exercice des droits sous la réserve de l'intention de nuire. L'abus des droits serait en réalité une hypothèse particulière de responsabilité civile. Il n'en est rien. Le recours direct à la règle morale se justifie par des considérations d'opportunité : "l'irresponsabilité [dans l'exercice des droits] repose sur la nécessité d'une action libre et sans crainte" (112). Une définition trop restrictive des droits subjectifs porterait atteinte à la sécurité juridique dans l'exercice des droits, qu'une utilisation mesurée de la règle morale permet de sauvegarder.

56 - La théorie de l'abus des droits n'est pas limitée par la nature des droits exercés (113). Cependant la sanction de l'exercice de certaines prérogatives juridiques fait l'objet d'institutions spécifiques.

---

(105) *Idem.*

(106) "[Un droit subjectif] constitue une prérogative définie et donne puissance à un homme sur un autre homme ou sur les autres hommes." *loc. cit.* note 103.

(107) *Op. cit.*, N° 90, p. 159 et s., N° 91, p. 161 et s.

(108) *Idem.*

(109) *Op. cit.*, N° 91, p. 161.

(110) *Op. cit.*, N° 92, p. 162 et s.

(111) *Op. cit.*, N° 92, p. 163.

(112) *Idem.*

(113) Sur la réserve des droits discrétionnaire, cf. *op. cit.*, n° 100, p. 174 et s.

## 2 - Les hypothèses particulières d'exercice abusif des droits

57 - La révision des contrats (114) et le refus de l'action en justice (115) sanctionnent l'exercice abusif de droits particuliers.

### a - La révision du contrat

58 - Dès lors que le contrat est valablement formé, le créancier peut, en principe, exiger l'exécution intégrale de l'obligation dans n'importe quelles circonstances (116) ; une solution différente irait à l'encontre du principe de la force obligatoire des conventions puisque le contrat est comparable à une loi (117).

59 - Certes, le juge peut intervenir dans son exécution, en considération de la règle morale. L'article 1184 du code civil consacre, sous la forme d'une règle dérogatoire, le précepte moral suivant lequel nul ne doit s'enrichir injustement aux dépens d'autrui. Ce devoir est précisé dans l'article 1184 alinéa premier du code civil, "pour le cas où l'une des deux parties ne satisfera point à son engagement", tout en conservant la possibilité d'exiger la prestation due par son cocontractant (118). Toutefois, comme l'existence d'une condition résolutoire tacite supposerait que l'anéantissement du contrat en cas d'inexécution soit de plein droit, la résolution judiciaire n'est pas une application mais une exception au principe de l'autonomie de la volonté (119).

60 - En dehors de l'hypothèse visée par l'article 1184 du code civil, la règle morale qui défend de s'enrichir injustement aux dépens d'autrui peut être utilisée directement pour réviser le contrat à exécution successive qui est la source d'un avantage excessif pour le créancier et d'un appauvrissement considérable pour le débiteur (120). La résolution judiciaire apparaît donc comme une hypothèse légale de révision (121).

61 - La cohérence entre le pouvoir de réviser et la force obligatoire du contrat ne peut, elle non plus, être recherchée dans l'existence d'une stipulation implicite : la clause rebus sic stantibus, invoquée par les défenseurs de la théorie de l'imprévision (122), et aux termes de laquelle les parties n'entendraient maintenir la convention qu'à la condition que les circonstances ne se modifient pas, va à l'encontre de la réalité économique du contrat : en contractant, les parties cherchent à s'assurer une situation stable, alors même que les circonstances viendraient à changer (123).

62 - La révision, dans la mesure où elle peut être admise, ne fait pas l'objet de règles juridiques dérogatoires. L'article 1148 du code civil ne peut lui servir de fondement : les circonstances qui pourraient justifier la révision du contrat ne sont pas considérées, par la jurisprudence, comme des cas de force majeure (124). En

(114) Op. cit., p. 130 et s.

(115) Op. cit., p. 183 et s.

(116) Op. cit., n° 75, p. 130 et s.

(117) Op. cit., n° 75, p. 131.

(118) "Il serait immoral qu'un contractant pût exiger l'accomplissement de la promesse d'autrui lorsqu'il ne voulait ou ne pouvait tenir la sienne", op. cit., N° 76, p. 132.

(119) Ripert, op. cit., N° 76, p. 133.

(120) Op. cit., N° 86, p. 153.

(121) Loc. cit., note 117.

(122) Op. cit., N° 82, p. 147 et s..

(123) "Contracter c'est prévoir. Le contrat est une emprise sur l'avenir. Tout contrat contient une idée d'assurance." op. cit., N° 84, p. 151. Cf. également op. cit., N° 81, p. 147.

(124) Op. cit., N° 82, p. 147 et s.

outre les tribunaux se sont toujours refusés à admettre explicitement l'imprévision. En revanche ils affirment nettement leur volonté de moraliser l'exercice des actions consécutives à l'annulation d'un contrat.

### b - Le refus de l'action en justice

63 - La maxime "nemo auditur..." permet de rejeter certaines actions en justice exercées consécutivement à l'annulation d'un contrat pour cause illicite ou immorale (125). La nature des actions qu'elle tend à déclarer irrecevables permet de cerner son environnement normatif : elle constitue une application des règles morales en fonction desquelles se détermine l'immoralité de la cause. Dans ce contexte, les préceptes moraux vont à l'encontre des règles juridiques en fonction desquelles sont déterminés les droits des parties après l'annulation du contrat.

64 - Les trois hypothèses d'exercice abusif des droits mettent en œuvre des règles morales différentes. Leur regroupement s'explique par leur unité juridique : elles font toutes application de la notion de droit subjectif. La mise en œuvre de la théorie de l'abus des droits suppose l'exercice d'une prérogative légale ; le problème de la révision du contrat se pose lorsque le créancier exerce une prérogative contractuelle ; la maxime "nemo auditur..." s'applique aux actions en justice par lesquelles des personnes font valoir leurs droits après l'annulation d'un contrat. Par contre la fraude à la loi suppose l'exercice d'une liberté.

### **C - La fraude**

65 - Ripert traite principalement de la fraude aux droits des créanciers (126), la fraude dans le transfert ou la création des droits (127) et la fraude à la loi (128).

#### *1 - La fraude aux droits des créanciers*

66 - L'action paulienne permet au créancier de remettre en cause des actes de disposition que le débiteur a effectués en fraude de ses droits. Ses conditions ayant été nettement définies par la jurisprudence, elles consistent en un ensemble de règles juridiques qui dérogent au pouvoir de disposition qu'a toute personne sur ses droits (129). En principe, le débiteur peut exercer tous les droits dont il est titulaire. En outre l'obligation juridique qui pèse sur lui a des contours nettement déterminés : dès lors qu'elle est exigible, le créancier peut seulement réclamer la prestation qui en est l'objet. Si le débiteur n'exécute pas, le créancier peut saisir ses biens dans l'état où ils se trouvent (130). L'action paulienne ne s'explique donc pas par l'existence d'une obligation juridique : le créancier qui remet en cause un acte de disposition effectué par son débiteur n'exerce pas, à proprement parler, son droit de créance. Elle constitue en réalité la sanction légale de l'obligation morale suivant laquelle chacun doit faire en sorte de payer ses dettes (131).

(125) Le domaine d'application exact de cette maxime ne peut être déterminé au regard seulement des règles morales qu'elle met en œuvre, cf. infra, N° 141.

(126) Ripert, op. cit., N° 165, p. 306 et s., N° 169, p. 316 et s.

(127) Op. cit., N° 166, p. 309 et s., N° 167, p. 132 et s., N° 170 à 172, p. 318 et s.

(128) Op. cit., N° 173 à 175, p. 327 et s.

(129) Ripert parle de "résultats acquis en jurisprudence", op. cit., N° 165, p. 306 et s.

(130) Op. cit., N° 169, p. 316.

(131) Idem.

## 2 - Le transfert ou la création de droits inconciliables

67 - Il se peut qu'une personne crée ou transfère successivement un même droit à plusieurs personnes, qui sont alors titulaires de prérogatives inconciliables. Pour certains droits, le conflit est résolu par l'application de règles juridiques précises relatives à la publicité légale (132) ou à la possession mobilière (133), qui, s'agissant du transfert des droits, déroge à l'adage "nemo plus juris...". En l'absence de telles dispositions, le droit des contrats fournit des éléments de solution fragmentaires. La licéité de l'acte qui est chronologiquement le premier ne peut être remise en cause : il constitue un exercice normal du droit de contracter. La validité du second doit s'apprécier différemment au regard, d'une part, de celui qui crée ou transmet le droit, et, d'autre part, de celui qui l'acquiert. Au regard de l'auteur, la seconde convention réalise une violation de la force obligatoire dont bénéficie le premier acte. Au regard de l'ayant droit, l'acte est juridiquement régulier au regard du droit de contracter, puisque le premier contrat n'a pas d'effet à son égard (134). Néanmoins celui qui acquiert le droit peut être sanctionné par une application directe de la règle morale aux termes de laquelle nul ne doit nuire consciemment à autrui (135).

## 3 - La fraude à la loi

68 - La fraude à la loi vise les hypothèses dans lesquelles une ou plusieurs personnes accomplissent un acte dans le but de se placer en dehors des conditions d'application d'une règle juridique. Un tel acte est juridiquement irréprochable : chacun peut se placer dans le domaine d'application de la règle qui lui convient (136). Mais il est moralement condamnable : nul ne peut se soustraire volontairement à une règle morale (137). Ces deux normes conflictuelles se distinguent de celles qui ont été rencontrées jusqu'ici. L'action qu'elles permettent ou interdisent est relative à l'obéissance qui est due aux règles. En réalité elles expriment la différence qui existe entre la règle morale et la règle juridique, au regard de leur validité matérielle (138). La règle juridique, à la différence de la règle morale, ne demande pas compte des motifs qui dictent l'obéissance à la loi. Aussi, sur un plan strictement juridique, la fraude ne peut pas être sanctionnée : l'obéissance à la loi consiste à se conformer à ce qu'elle prescrit, dès lors que ses conditions d'application sont réunies. Le rapport entre l'acte accompli pour faire obstacle à la réalisation de ces conditions et la règle évincée consiste seulement dans le motif de cet acte, motif qui réside dans la volonté de faire échec à l'application d'une règle. La sanction d'un tel acte suppose qu'on apprécie les motifs de la désobéissance ou de l'obéissance à la loi (139), ce qui est juridiquement exclu. La sanction de la fraude à la loi peut intervenir dès lors qu'une règle proprement morale est évincée par un acte, car, il est alors possible de prendre en compte les motifs de la désobéissance ou de l'obéissance. La fraude à la loi est par nature une théorie morale puisque seule la règle morale permet de sanctionner la volonté de se soustraire à un devoir.

(132) Op. cit., N° 166, p. 309 et s.

(133) Op. cit., N° 170, p. 319 et s.

(134) Idem.

(135) "Ce sont là des questions dont la solution est loin d'être nette. Les tribunaux parlent parfois indifféremment de fraude, de mauvaise foi, de connaissance frauduleuse", op. cit., N° 168, p. 315. Il n'y a donc pas de solutions jurisprudentielles préétablies. Sur la distinction entre la fraude et la responsabilité civile, op. cit., N° 170, p. 319 et 320.

(136) Op. cit., N° 173, p. 328.

(137) Op. cit., N° 174, p. 331.

(138) Cf. supra, N° 17 et s.

(139) Op. cit., N° 176, p. 336.

69 - S'agissant de la fraude à la loi, la fonction normative de la règle morale peut donc se décrire de la manière suivante :

- la règle juridique, dont une personne cherche à éluder l'application, est écartée en tant que règle juridique, ce qui permet de contourner l'impossibilité de sanctionner la fraude ;

- la règle morale de même contenu est appliquée en tant que règle morale, ce qui permet de sanctionner la fraude.

L'environnement normatif de la fraude est donc constitué par l'ensemble des règles juridiques qui sanctionnent des devoirs moraux (règles évincées) et l'ensemble des règles proprement morales correspondantes (règles appliquées), qui sont, par ailleurs, sanctionnées par des règles juridiques.

## CONCLUSION

70 - Les théories traitées par Ripert dans les chapitres I, II et IV de "La règle morale dans les obligations civiles" se répartissent en deux groupes. L'erreur sur la substance, la résolution judiciaire, l'action paulienne et la fraude dans le transfert des droits soumis à publicité ne sortent pas de la sphère juridique. Les autres constructions s'inscrivent dans une dualité de systèmes, et se définissent par deux extensions normatives.

<b>EXTENSION JURIDIQUE DES APPLICATIONS DE LA FONCTION NORMATIVE</b>	
<b>THÉORIES</b>	<b>RÈGLES JURIDIQUES ÉVINÇÉES</b>
- Dol - Réticence dolosive - Violence - Lésion - Fraude dans la création des droits de créances - Cause immorale	Règles relatives au droit de contracter
- Refus de l'action en justice	Théorie des restitutions
- Révision	Règles relatives aux droits nés du contrat
- Abus des droits	Règles relatives aux droits subjectifs
- Fraude à la loi	Toute règle juridique qui sanctionne un devoir moral

<b>EXTENSION MORALE DES APPLICATIONS DE LA FONCTION NORMATIVE</b>	
<b>THÉORIES</b>	<b>RÈGLES MORALES APPLIQUÉES</b>
- Fraude à la loi - Cause immorale - Refus de l'action en justice	Toute règle morale
- Abus des droits	Interdiction de nuire intentionnellement
- Fraude dans la création des droits	Interdiction de nuire consciemment
- Lésion - Réticence dolosive	Interdiction d'exploiter injustement autrui
- Révision	Interdiction de s'enrichir injustement aux dépens d'autrui
- Dol	Interdiction de tromper volontairement autrui
- Violence	Interdiction de faire illégitimement violence à autrui

71 - Une classification des devoirs moraux permet, lorsqu'on la rapproche des tableaux qui précèdent, de mettre en lumière l'articulation des institutions qui illustrent la fonction normative.

72 - La culpabilité morale se traduit par l'intention ou la conscience de mal agir. La tromperie et la violence, qui supposent la volonté de causer un dommage, sont intentionnelles alors que l'exploitation d'autrui, dont l'enrichissement injuste est un cas particulier, est seulement consciente : celui qui agit se contente de tirer parti d'une situation (140). Aussi les devoirs moraux se décomposent-ils en fonction de leur spécialité :

- Devoirs moraux :
- Ne pas nuire intentionnellement à autrui :
  - Ne pas tromper volontairement
  - Ne pas faire violence illégitimement
  - Autres devoirs

(140) Sur la distinction entre la faute intentionnelle et la faute non intentionnelle, cf. J. Flour et J.-L. Aubert, Droit Civil, Les obligations, volume II, Sources : Le fait juridique, Armand Colin 1981, N° 611, p. 121.

- Ne pas nuire consciemment :
  - Ne pas exploiter injustement autrui :
    - Ne pas s'enrichir injustement
    - Autres devoirs
  - Autres devoirs

73 - Au sens large, la fraude désigne la volonté moralement coupable de celui qui accomplit un acte ou un fait juridique (141). La fonction normative de la règle morale fait partie de la théorie de la fraude lato sensu. Des filiations existent entre les diverses applications de cette fonction : à titre d'exemple, la cause immorale met en perspective les règles qui déterminent le droit de contracter, et les devoirs en général. Le dol, la réticence dolosive, la violence, la lésion et la fraude dans la création des créances se différencient de la cause par une spécification de ces devoirs. La réticence dolosive et la lésion présentent une analogie très marquée. Celui qui commet un dol ou une violence abuse du droit de contracter en nuisant intentionnellement à autrui. Le refus de l'action en justice sanctionne un abus du droit à restitution. Quant à la révision, elle sanctionne un abus dont le critère n'est pas l'intention mais la conscience de nuire à autrui par l'exercice d'un droit contractuel.

74 - La répartition des règles dans les ordres normatifs, qui permet de cerner avec précision les applications de la fonction normative, reflète une image statique des rapports entre le droit et la morale. La dynamique de ces relations consiste dans l'éviction de la règle juridique au profit de la règle morale.

## SECTION II - L'ÉVICTION DE LA RÈGLE JURIDIQUE PAR LA RÈGLE MORALE

75 - La fonction normative met en œuvre des règles qui se répartissent en deux systèmes ; elle se caractérise principalement par l'éviction d'une règle juridique au profit d'un précepte moral. Processus particulier de réalisation des normes, elle en intègre les instruments, assortis de modalités particulières : l'utilisation de catégories mixtes (I) prépare la sanction de la règle morale (II).

### I - LES CATÉGORIES MIXTES

76 - L'application d'une règle se fait au moyen d'un mécanisme de qualification (142). La fonction normative, qui conduit à prendre en considération des systèmes normatifs distincts, suppose qu'un même fait soit qualifié, d'une part au regard de la règle juridique, d'autre part au regard de la règle morale (143). Cette double qualification suppose l'élaboration de catégories mixtes, dont les éléments résultent de règles appartenant à des ordres normatifs distincts. La fonction normative intervient lorsque des intéressés ont utilisé la forme juridique pour des fins que la morale réprovoque. Cette formule décrit un mécanisme de qualification complexe qui se décompose en trois éléments : un élément issu de la règle juridique,

(141) Op. cit., N° 168, p. 315: "Il faut rechercher la fraude dans la volonté de celui qui a passé l'acte".

(142) Les termes employés par Ripert pour désigner les manifestations de la fonction normative de la règle morale sont hétérogènes : certains désignent, à proprement parler la catégorie dans son ensemble - c'est le cas d'"abus des droits", de "fraude à la loi," etc. -, d'autres l'un ou plusieurs de ces éléments - "cause illicite et immorale" désigne le lien de causalité et la violation du devoir moral ; "violence" désigne seulement la violation du devoir moral, etc. -, d'autres encore, la sanction qui est attachée à la catégorie - c'est le cas de "révision" et de "refus de l'action en justice".

(143) À propos de la cause illicite, Ripert emploie le terme "qualification" : Ripert, op. cit., N° 23, p. 42.

c'est-à-dire un fait conforme à la règle de droit (A), un élément emprunté à la morale, c'est-à-dire une violation de la règle morale (B) et un lien de causalité (144) entre les deux (C).

### A - L'élément de qualification emprunté à la règle juridique

77 - La fonction normative ne joue qu'à l'égard de faits conformes à la règle proprement juridique (145), donc licites. Ces faits consistent, dans la plupart des cas, dans l'exercice d'un droit. L'exercice du droit de contracter peut donner lieu à l'annulation d'une convention pour cause illicite ou immorale, vice du consentement, ou lésion, ou encore à l'inopposabilité de l'acte, du fait de la complicité de violation d'une obligation contractuelle. L'exercice des créances contractuelles trouve une limite dans La révision du contrat (146). L'action en justice qui tend à la reconnaissance des prérogatives consécutives à l'annulation d'un contrat peut être déclarée irrecevable en application de la maxime "nemo auditur" (147). Enfin, d'une manière générale, l'exercice d'un droit subjectif peut être sanctionné lorsqu'il est abusif. Cependant, dans le cas de la fraude à la loi il s'agit de l'exercice d'une liberté (148) : l'acte sanctionné n'est pas l'utilisation d'une prérogative légale mais l'évasion des conditions d'application d'une règle génératrice d'obligations.

78 - La qualification de fait licite, c'est-à-dire l'identification d'un fait conforme à ce que la règle juridique prescrit, interdit ou permet, suppose qu'on vérifie que ce fait remplit les conditions de validité exigées par le système juridique proprement dit. C'est un premier tri effectué à partir d'une grille juridique que Ripert analyse dans plusieurs passages de "La règle morale dans les obligations civiles".

79 - La théorie de l'abus des droits stricto sensu ne s'applique qu'aux faits qui correspondent à l'exercice normal (149) et réel (150) d'un droit subjectif. Si l'acte n'a que l'apparence du droit ou en est l'exercice exceptionnel, la présomption d'irresponsabilité (151) n'a pas lieu de s'appliquer et la sanction doit être recherchée dans une mise en œuvre de la responsabilité civile. Cette exigence, clairement affirmée à propos de l'abus des droits (152), est reprise dans le cadre d'autres théories.

80 - Ainsi le recours à la notion de cause illicite ou immorale est-il subsidiaire : la question de la moralité de l'acte se pose seulement s'il est valable au regard de la théorie de l'autonomie de la volonté, ce qui suppose qu'il ait une cause au sens classique du terme. Pour Ripert, en effet, la notion de cause n'a pas d'unité : la cause-contrepartie est une condition de validité proprement juridique imposée par

(144) "...abus de la forme juridique... pour des fins que la morale réproouve". Ripert, op. cit., N° 3, p. 6.

(145) Ripert emploie les expressions : "légalité de l'acte", "emploi régulier de la forme technique" (op. cit., N° 157, p. 287).

(146) Ripert, op. cit., N° 88, p. 155.

(147) Op. cit., N° 108, p. 191 ; cf. supra, N° 63 et 64.

(148) "Il ne s'agit pas en effet nécessairement alors d'un conflit d'intérêt privé, mais souvent d'une tentative faite d'un commun accord par plusieurs intéressés pour échapper à l'application d'une règle juridique impérative," Ripert, op. cit., N° 173, p. 327 ; cf. supra, N° 68.

(149) Ripert, op. cit., N° 96, p. 168.

(150) Op. cit., N° 92, p. 164.

(151) Cf. supra N° 55.

(152) Ripert, op. cit., N° 97, p. 171 : "Pour trouver des hypothèses réelles d'abus de droit, il faut que l'acte accompli soit par lui-même irréprochable."

le principe de l'autonomie de la volonté, alors que la cause-motif résulte directement de la règle morale (153).

81 - De même, la conclusion d'un contrat générateur de droits de créance inconciliables ne donne lieu à un recours à la fonction normative de la règle morale qu'autant que l'exercice du droit de contracter est juridiquement régulier (154). La fraude est utilisée seulement pour sanctionner le tiers par rapport à la première convention, qui ne viole aucune obligation assumée antérieurement ; le débiteur, quant à lui, a accompli un acte illicite dont la sanction résulte des règles juridiques : l'article 1134 du code civil et plus précisément les dispositions relatives à la responsabilité contractuelle.

82 - Enfin, le problème de la licéité d'un acte juridique revêt des modalités particulières en cas de simulation. La simulation n'est pas, par elle-même, illicite (155). Mais, si les parties simulent pour échapper à une règle impérative dont les conditions d'application sont réunies, l'acte réel doit être annulé (156) par une stricte application des règles juridiques (157). Et, c'est seulement dans l'hypothèse où l'acte réel est licite que la fonction normative peut conduire à sanctionner la violation d'un devoir moral.

## **B - L'élément de qualification emprunté à la règle morale**

83 - Extrait de règles imprécises (158), la définition de l'élément emprunté à la règle morale a une importance capitale. C'est la transgression d'un devoir moral, qui se définit objectivement ou subjectivement. Objectivement, elle consiste à accomplir une action qui fait l'objet d'une interdiction ; subjectivement, elle réside dans une pensée répréhensible. Appliquée aux catégories mixtes, cette distinction permet de préciser leur contenu moral. La classification des préceptes moraux (159) conduit à distinguer les catégories non spécifiées (1), celles qui font application de l'interdiction de nuire intentionnellement (2) ou consciemment (3).

### *1 - Les catégories non spécifiées*

84 - La cause immorale, le refus de l'action en justice et la fraude à la loi puisent l'élément qui est issu de la morale dans tout précepte. La cause est illicite lorsque la convention réalise un dessein immoral (160). Le refus de l'action en justice, qui est une conséquence de l'immoralité de la cause ne présente, à cet égard, aucune particularité.

85 - La fraude à la loi consiste objectivement dans un acte qui a pour effet d'évincer l'application d'une règle morale (161). La volonté de s'y soustraire rend l'acte moralement condamnable (162). La violation d'un devoir moral permet de caractériser la fraude à la loi en droit international privé. Grâce à cet élément de

(153) Op. cit., N° 35, p. 67.

(154) Op. cit., N° 170, p. 319 ; cf. supra, N° 67.

(155) Ripert, op. cit., N° 168, p. 315, N° 173, p. 327.

(156) Idem.

(157) Op. cit., N° 176, p. 334. Il arrive néanmoins que la jurisprudence n'annule pas l'acte : cf. op. cit., N° 173, p. 328.

(158) Cf. supra, N° 13.

(159) Cf. supra, N° 72.

(160) Ripert, op. cit., N° 31, p. 59.

(161) Op. cit., N° 173, p. 327.

(162) Op. cit., N° 174, p. 331.

qualification, elle se distingue de la théorie de l'ordre public international. En effet lorsqu'on applique directement la notion d'ordre public, la loi désignée par le système de conflit est écartée parce qu'elle est contraire à l'ordre public au sens du droit international privé ; lorsqu'on se réfère à la fraude à la loi, la loi désignée est évincée parce que la manipulation du facteur de rattachement réalise la violation d'un devoir moral qui est sanctionné par une règle juridique (163).

86 - Les catégories qui sont moralement indéterminées ne contiennent pas d'éléments de qualification précis. Le recours à des devoirs spécifiques permet de les perfectionner.

## *2 - Les actes intentionnels*

87 - La notion de nuisance intentionnelle est employée dans toute son extension dans la théorie de l'abus des droits (a) ; elle fait également l'objet de spécifications (b).

### a - L'abus des droits

88 - Au regard de la règle morale, abuser d'un droit consiste dans l'intention d'infliger un dommage à autrui, dont le fait générateur est l'exercice d'une prérogative légale (fait licite). En tant que telle, la réalisation du préjudice n'est pas moralement répréhensible ; il peut être causé sans intention. La violation de la règle morale résulte principalement d'un élément subjectif, qui doit être prouvé (164).

### b - Les spécifications de la notion

89 - Le dol et la violence sont des cas particuliers de nuisance intentionnelle. Le dol se définit objectivement comme un acte positif (165) quelconque (166), prohibé par la morale, subjectivement comme l'intention d'induire autrui en erreur. La violence consiste dans un acte qui engendre la crainte (167) et dans la volonté d'obtenir de son cocontractant un engagement excessif (168). Elle est illégitime si l'obligation assumée par la victime est excessive au regard de la situation des parties. Tel peut être le cas de la promesse faite par l'auteur d'un délit, sous l'empire de la crainte, d'en réparer les conséquences (169). Dans le dol et la violence, le dommage ne résulte pas de l'exercice du droit de contracter (fait licite) ; le fait générateur s'intègre dans l'élément de qualification issu de la morale.

90 - Abstraitement, la nuisance intentionnelle se compose d'un acte interdit et d'une volonté attachée à la réalisation d'un fait dommageable (170). La substitution de la simple conscience du préjudice causé à la volonté génère un second groupe de catégories.

(163) Sur le fondement moral de l'exception d'ordre public en matière d'arbitrage international, cf. P. Mayer, article précité, N° 2, p. 380.

(164) Cf. infra, N° 120.

(165) Op. cit., N° 44, p. 82.

(166) "De tout temps, le dol a été défini l'acte coupable qui peut revêtir les formes les plus diverses." Op. cit., N° 47, p. 87.

(167) Op. cit., N° 45, p. 83.

(168) Op. cit., N° 45, p. 83 et 84.

(169) Idem.

(170) À propos de l'abus des droits Ripert emploie l'expression "causer méchamment un dommage à autrui". Op. cit., N° 95, p. 167.

### 3 - Les actes simplement conscients

91 - Dans ces actes, l'élément emprunté à la règle morale se limite à la conscience, répréhensible, de tirer parti d'une situation. Le dommage subi et le fait dont il résulte lui sont extérieur puisqu'il n'y a pas d'intention de nuire. La conscience de nuire rend l'exploitation (a) et l'enrichissement injustes (b) ainsi que la négation de la créance d'autrui (c) moralement coupable.

#### a - L'exploitation injuste

92 - L'exploitation injuste, qui consiste à tirer profit de la faiblesse d'autrui, est un acte simplement conscient. Elle caractérise la lésion et la réticence dolosive.

93 - Le fait de contracter en exploitant injustement autrui constitue une lésion (171). Le contrat lésionnaire se révèle par le déséquilibre des prestations (172). Mais ce déséquilibre ne constitue pas en lui-même la violation d'une règle morale (173). Une personne exploite injustement autrui lorsqu'elle "se sert de l'avantage naturel que lui donne sa situation pour conclure une affaire avantageuse" (174). Aussi l'action en rescision pour lésion est-elle exclue lorsque l'économie du contrat est le fruit du hasard. Dans l'absolu, cette considération devrait conduire à ne jamais admettre la lésion, car tout contrat est en un sens aléatoire (175) : le maintien ou la variation des avantages contractuels dépend toujours, pour une part au moins, des circonstances (176). En conséquence, la lésion doit être appréciée au jour de la conclusion du contrat (177) : on a ainsi la certitude que les variations de l'équilibre contractuel dues au hasard n'ont pas d'incidence sur la validité de la convention (178).

94 - La réticence dolosive présente avec la lésion une analogie frappante. "La réticence devient coupable, si l'une des parties a l'obligation de conscience de parler sous peine d'abuser de l'ignorance de l'autre. Les tribunaux ont annulé pour dol par réticence des contrats dans lesquels une des parties était seule en mesure de connaître un fait ignoré de l'autre..." (179). Il y a bien dans ce cas abus de l'avantage que donne la situation d'une personne qui est dans l'erreur, pour conclure une affaire avantageuse, c'est-à-dire une exploitation injuste. La réticence est un acte simple-

(171) Op. cit., N° 71, p. 121 et N° 73, p. 125.

(172) Op. cit., N° 70, p. 120.

(173) "L'inégalité des prestations n'est pas la cause de la nullité du contrat, mais la preuve qu'il existe une autre cause de nullité : l'exploitation de l'un des contractants par l'autre." Op. cit., N° 70, p. 121. Les dispositions légales qui admettent la rescision pour lésion établissent des présomptions de l'exploitation injuste fondées sur un déséquilibre important des prestations.

(174) Op. cit., N° 70, p. 121.

(175) Op. cit., N° 71, p. 123.

(176) Ripert donne à l'expression "contrat aléatoire" deux sens distincts : l'aléa peut être apprécié au regard soit de l'avantage économique résultant du contrat - c'est en ce sens que tout contrat est aléatoire - soit des prestations contractuelles à exécuter. Loc. cit., note 173. Les contrats aléatoires au regard de la définition des prestations contractuelles le sont également par rapport à leur résultat économique. Ils ne peuvent donner lieu à rescision pour lésion.

(177) Loc. cit., note 173.

(178) Sur le domaine de l'action en rescision pour lésion, N° 161.

(179) Ripert, op. cit., N° 48, p. 89.

ment conscient (180) et non un dol (181). La conscience de nuire se traduit par la connaissance de l'erreur d'autrui (182), qui est une condition de culpabilité morale.

95 - L'exploitation injuste, qui suppose la conscience de nuire, ne résulte en principe pas du seul déséquilibre de prestations. Dans certains cas, l'enrichissement injuste suffit pourtant à caractériser la violation d'un devoir moral.

### b - L'enrichissement injuste

96 - La révision du contrat peut avoir lieu lorsque l'exercice d'un droit contractuel procure au créancier un enrichissement injuste (183). Pour Ripert, le contrat est acte de prévision légitime. Aussi, en ce domaine, la violation de la règle morale suppose-t-elle que l'avantage du créancier comme l'appauvrissement du débiteur soient hors de toute proportion avec ce qui pouvait être prévu. Lorsque la révision du contrat est demandée, le bien-fondé de l'action repose sur une appréciation purement objective de la situation du débiteur et du créancier. Mais il est manifeste que le créancier qui réclame l'exécution de sa créance dans des circonstances exceptionnelles a conscience de l'importance de son enrichissement et de celle de l'appauvrissement du débiteur. La pensée coupable ne peut pas être détachée de son acte ; en conséquence, il suffit de caractériser objectivement l'élément extrait de la règle morale.

97 - Bien qu'elle procède du déséquilibre des prestations, la révision sanctionne une forme particulière d'exploitation injuste : l'état de faiblesse du demandeur à l'action résulte de la distorsion du contrat, qui demeure obligatoire, par les circonstances économiques. La négation du droit d'autrui a, quant à elle, une réelle autonomie morale.

### c - La négation du droit d'autrui

98 - La fraude dans la création de droits de créance inconciliables consiste dans le fait de nuire consciemment à autrui en niant son droit : la personne qui se rend complice de la violation d'une obligation contractuelle, en contractant avec une personne qui est déjà débitrice, met le créancier originaire dans l'impossibilité d'exercer sa créance. Mais un tel acte n'est condamnable que si celui qui l'accomplit a connaissance du dommage causé à autrui (184).

99 - L'utilisation des constituantes morales et juridiques des catégories permet de déceler les situations dans lesquelles l'emploi régulier de la forme juridique se double de la transgression d'un devoir moral. Cette recherche ne procède pas de qualifications successives mais d'une appréciation globale : le lien de causalité entre l'élément juridique et l'élément emprunté à la morale confère une unité aux catégories mixtes.

(180) La jurisprudence actuelle ne semble pas retenir cette analyse ; elle recherche si la réticence a été faite intentionnellement pour tromper le contractant, Mestre, loc. cit., note 77.

(181) Cf. supra, N° 40.

(182) "...il y a erreur de l'un des contractants sans que l'autre partage cette erreur, mais ce dernier la connaissait et n'a rien fait pour le détromper", Ripert, op. cit., N° 44, p. 82.

(183) Op. cit., n° 87 et 88, p. 155 à 157.

(184) Op. cit., n° 170, p. 318 et s.

### C - Le lien de causalité entre les éléments de qualification

100 - D'une manière générale, le lien de causalité est constitué dès lors que le fait licite *réalise* la violation d'un devoir moral. Suivant les cas Ripert envisage cette relation objectivement - elle est alors recherchée dans le lien qui existe entre l'action immorale et le fait licite - ou subjectivement - elle doit alors s'apprécier relativement à la volonté de l'auteur ou de la victime de l'acte répréhensible.

#### 1 - La causalité objective

101 - La fraude à la loi, le refus de l'action en justice, la lésion, la révision et la fraude dans la création des droits de créance lient objectivement l'élément juridique et l'élément issu de la morale.

102 - Comme toute catégorie mixte, la fraude à la loi suppose la réunion de trois éléments :

- un acte accompli en vue d'évincer l'application d'une règle juridique ;
- la violation d'une règle morale ;
- et un lien de causalité entre ces deux éléments.

Un acte accompli en vue d'évincer l'application d'une règle juridique peut réaliser la violation d'une règle morale seulement si la règle positive sanctionne un devoir moral. Le lien de causalité consiste donc dans le rapport objectif entre la règle morale et la règle juridique.

103 - Ce rapport de causalité permet de définir le domaine de la fraude à la loi. La fraude à la loi ne s'applique ni aux règles supplétives de volonté, qui ne sanctionnent jamais une règle morale, ni aux règles qui, bien qu'impératives, ne sont pas inspirées par des considérations morales. Elle ne s'applique qu'aux règles d'ordre public, qui sanctionnent un devoir moral (185).

104 - En ce qui concerne la maxime "nemo auditur" (186), l'action - fait licite - doit naître de l'acte immoral. Le lien de causalité est constitué si le bien-fondé de l'action suppose la prise en compte par le juge de l'acte immoral, Mais il n'est pas nécessaire que l'action naisse du contrat ; il suffit que la convention immorale soit un élément de qualification rentrant dans l'hypothèse de la règle qui sert de fondement juridique à l'action. Ainsi l'action en répétition de l'indu et l'action de in rem verso supposent-elles que l'on recherche quelle a été la cause du paiement. Au contraire, l'action en revendication intentée par le bailleur, après l'annulation d'un bail pour cause immorale, ne fait pas intervenir le contrat immoral dans l'application des règles en cause (187).

105 - Dans la lésion, le lien de causalité entre le contrat et l'exploitation d'autrui est manifeste : dès lors qu'un déséquilibre affecte l'économie d'un contrat, l'exploitation d'autrui se réalise nécessairement par cette convention (188).

(185) Op. cit., n° 176, p. 334.

(186) Op. cit., n° 104, p. 184 et n° 109, p. 192 et 193.

(187) Op. cit., n° 109, p. 192 et s.

(188) Op. cit., n° 70, p. 120.

106 - De même, lorsque le contrat est révisable à raison de la prétention de l'un des contractants de s'enrichir injustement aux dépens de l'autre, l'enrichissement résulte, à l'évidence, de l'exercice d'un droit né du contrat, fait licite (189).

107 - S'agissant du transfert ou de la création de droits inconciliables (190), le lien de causalité entre le fait licite - exercice du droit de contracter - et la violation du devoir moral - le fait de nuire consciemment à autrui - réside dans leur rapport chronologique. Si la connaissance du premier contrat, par le second acquéreur du droit, intervient après la conclusion du second contrat, le rapport de causalité n'est pas constitué, alors même que celui qui s'est rendu complice, sans le savoir, de la violation d'une obligation contractuelle, s'en réjouirait par la suite.

108 - La causalité objective se matérialise dans l'organisation des règles (fraude à la loi, refus de l'action en justice), l'économie du contrat (lésion, révision) ou un rapport chronologique (fraude dans la création des droits de créances). Elle se prouve aisément, à la différence de la causalité subjective qui intègre une dimension psychologique.

## *2 - La causalité subjective*

109 - La causalité subjective se diversifie en fonction des volontés par rapport auxquelles elle s'apprécie. Suivant les catégories, elle est unilatérale (a) ou bilatérale (b).

### a - La causalité unilatérale

110 - La causalité unilatérale se révèle à l'analyse de la psychologie de l'auteur de l'acte à qualifier. Elle consiste dans le fait que la pensée répréhensible est déterminante de sa volonté, dont l'acte procède. La cause illicite et immorale ainsi que l'abus des droits font application de cette notion.

111 - La théorie de la cause illicite et immorale est un "moyen technique d'annulation" (191) : elle décrit le processus suivant lequel on peut tirer les conséquences de la violation d'un devoir moral sur la validité d'un contrat. Le problème consiste à caractériser le lien qui existe entre la conclusion du contrat - fait licite - et le dessein immoral - violation d'un devoir moral, La violation du devoir moral doit se réaliser par le fait licite (192).

112 - La jurisprudence se réfère à la cause du contrat (193) ; il convient donc de définir cette notion de manière adéquate. Au terme d'une critique détaillée de la théorie de Capitant, Ripert développe sa propre conception.

113 - La critique de la théorie de Capitant est menée de la manière suivante (194) :

---

(189) Op. cit., n° 86, p. 153.

(190) Op. cit., n° 171, p. 321.

(191) Op. cit., n° 31, p. 59.

(192) Op. cit., n° 34, p. 65.

(193) Op. cit., n° 31, p. 60.

(194) Op. cit., n° 33, p. 62 à 64.

114 - Traditionnellement, on considère que la cause ne se confond pas avec les motifs. Il faut donc rechercher une définition de la cause qui permette l'annulation des conventions dont le dessein est immoral, et qui distingue la cause des motifs (195). Pour Capitant (196), le motif se définit comme la représentation psychologique qui pousse chacun à s'engager (197). La cause réside dans le but du contrat, c'est-à-dire ce que les parties ont voulu réaliser par la convention (198). Mais en réalité, comme le remarque Ripert, le but n'est qu'un motif parmi d'autres (199).

115 - De ce fait, Capitant est conduit à distinguer, parmi les motifs, ceux qui font partie de l'accord de volonté, de ceux qui n'en font pas partie (200). La cause réside dans le motif qui est commun aux deux parties (201), et qui est un élément constitutif de leur accord. Ripert critique cette définition sous deux angles. Tout d'abord, elle n'est pas adéquate, parce que trop restrictive : elle ne permet pas d'expliquer les solutions jurisprudentielles (202). En effet, le plus souvent, la convention est annulée alors que le dessein immoral est propre à l'une des parties. Ensuite, s'il est possible que l'un des contractants connaisse le motif déterminant de la volonté de l'autre, il n'arrive jamais qu'il soit parfaitement identique dans la volonté des deux parties (203).

116 - En réalité, cette conception de la cause est viciée à la base : elle repose sur un postulat qui interdit de voir dans la cause d'un contrat synallagmatique autre chose que la contrepartie de l'obligation (204). En effet, si on admet que la cause se définit par des éléments purement contractuels, on est conduit à en exclure tout ce qui ne fait pas partie de l'accord de volontés, ce qui est le cas des motifs. Un tel accord suppose seulement que deux volontés réelles, c'est-à-dire qui ont chacune un objet, se rencontrent. Aussi la cause se confond-elle, classiquement, avec l'objet : l'objet de l'obligation de l'une des parties constitue la cause de l'obligation de l'autre partie (205).

117 - Ripert, quant à lui, s'affranchit du postulat classique (206). D'après lui, la jurisprudence se réfère au motif déterminant (207). Il y a un lien de causalité entre la conclusion du contrat et le dessein immoral seulement si ce motif a été déterminant de l'engagement de l'une des parties (208). Le problème de la causalité est plus aigu lorsque les motifs sont multiples. Un seul motif immoral et déterminant suffit à vicier l'acte car il est certain, qu'au regard de ce motif, le contrat réalise la violation d'un devoir moral (209). Toute la difficulté réside dans la preuve du motif. Le système de la preuve intrinsèque étant trop restrictif, il faut se référer

---

(195) Op. cit., n° 33, p. 62.

(196) Les références renvoient au texte de Ripert.

(197) Op. cit., n° 33, p. 62.

(198) Idem.

(199) Op. cit., n° 33, p. 63.

(200) Idem.

(201) Op. cit., n° 33, p. 63 et 64.

(202) Op. cit., n° 33, p. 64.

(203) Idem.

(204) Op. cit., n° 32, p. 61 et n° 33, p. 65.

(205) Ripert, op. cit., n° 32, p. 61.

(206) Op. cit., n° 34 et 35, p. 65 à 69.

(207) Op. cit., n° 34, p. 65.

(208) Pour l'hypothèse dans laquelle le motif immoral n'est pas connu de l'autre partie, cf. op. cit., n° 35, p. 68.

(209) Ripert, op. cit., n° 35, p. 65 et 68.

aux circonstances qui accompagnent la conclusion ou l'exécution du contrat et utiliser un mécanisme de présomptions (210).

118 - Dans le cadre de l'abus des droits, le problème de la causalité se pose de la même manière : il faut rechercher un lien entre le motif répréhensible et l'exercice d'un droit subjectif, fait licite (211). Si l'acte n'a qu'un seul motif, qui est l'intention de nuire, le fait licite trouve sa cause dans la violation du devoir moral (212). S'il y a pluralité de motifs, il se peut soit que la pensée malveillante constitue le motif principal et serve ainsi de cause à l'acte (213), soit qu'elle ne constitue qu'un motif parmi d'autres. Dans cette hypothèse, Ripert adopte une solution différente de celle retenue en matière de cause immorale : un seul motif répréhensible ne suffit pas à rendre abusif l'exercice d'un droit (214). Cette différence semble justifiée au regard de la nature de la sanction (215) : il est plus normal de remettre en cause la validité d'un acte juridique que de sanctionner l'exercice d'un droit acquis.

119 - Qu'il s'agisse de la sanction de l'abus d'un droit ou de l'annulation d'une convention qui est immorale ou procède d'une volonté viciée, la transgression du devoir moral constitue la cause efficiente (216) du fait licite : ce fait procède de la volonté ; la volonté est viciée par la pensée ou l'acte immoral.

120 - La mise en œuvre de la théorie de l'abus des droits suppose la preuve de l'intention ainsi que celle de son rapport avec l'acte. Si le titulaire du droit cause un dommage à autrui sans retirer aucun avantage, l'acte est causé par un seul motif, qui est immoral (217). Le fait que l'acte réalise une pensée principalement répréhensible se prouve par tout moyen (218).

#### b - La causalité bilatérale

121 - Les vices du consentement qui sont une application de la fonction normative requièrent également un lien de causalité entre les éléments moraux et juridiques de qualification. Dans ces hypothèses la causalité subjective se dédouble : elle peut être recherchée dans la volonté de l'auteur de la transgression, qui a incité autrui à contracter, ainsi que dans celle de la victime, dont la volonté a été déterminée par le comportement d'autrui.

##### **α - L'incitation à contracter**

122 - La conclusion du contrat ne doit pas être fortuite au regard de la violation du devoir moral. L'auteur de la violence (219) ou du dol (220) doit avoir pour but d'inciter la victime à conclure une convention. Ce motif n'est pas en lui-même immoral - il est en effet légitime de vouloir contracter avec autrui - mais il constitue un lien entre la violence ou la tromperie, d'une part, et le contrat, d'autre part. En effet par l'incitation à contracter, la pensée répréhensible devient volonté

(210) Op. cit., n° 34, p. 66 et 67

(211) Ripert, op. cit., n° 99, p. 173.

(212) Op. cit., n° 97, p. 171.

(213) Op. cit., n° 98, p. 172 et 173.

(214) Op. cit., n° 99, p. 173 et 174.

(215) Idem.

(216) À propos de la cause illicite ou immorale, cf. op. cit., n° 35, p. 67.

(217) Op. cit., n° 97, p. 171.

(218) Op. cit., n° 98, p. 173.

(219) Ripert, op. cit., n° 46, p. 84.

(220) Op. cit., n° 47, p. 87.

contractante ; la convention apparaît alors comme l'instrument concrétisant la transgression du devoir moral.

123 - La distinction de la faute intentionnelle et de l'incitation à contracter se révèle délicate, puisque toutes deux résident dans une volonté. L'intention de nuire se définit comme la volonté de causer un dommage. L'incitation à contracter se limite à la volonté du fait licite, c'est-à-dire la conclusion du contrat par l'acceptation de l'offre.

124 - En outre, l'incitation à contracter doit être rapprochée du rôle déterminant que peut jouer la pensée répréhensible dans la volonté de l'auteur de l'acte. Dans les deux cas, la volonté est influencée par un motif immoral. Mais cette influence peut résulter soit d'une juxtaposition de motifs (motif immoral proprement-dit, incitation à contracter) soit de l'importance du motif immoral (caractère déterminant du motif).

125 - Ripert illustre l'incitation à contracter par l'exemple de la violence exercée par un tiers (221). En effet la nécessité de ce lien de causalité apparaît alors nettement (222). Dans ce cas, il y a bien un fait juridiquement régulier et la violation d'un devoir moral, car la violence n'est pas moins injuste parce qu'elle est exercée par un tiers. Mais, sauf complicité avec un contractant, le lien de causalité manque : La violence est fortuite. "[La victime] se trouve par cas fortuit dans la nécessité de contracter" (223). Malgré son apparence paradoxale, l'expression de nécessité fortuite rend exactement compte de la réalité : il y a nécessité de contracter en cela que la violence est déterminante du consentement ; la violence est fortuite en cela que son auteur n'a pas pour but d'inciter à contracter, il n'y a pas d'extorsion du consentement, comme l'exige l'article 1109 du code civil (224). Pour apprécier la validité du contrat, il faut sortir du cadre de la violence, et se demander si l'exploitation, par l'une des parties, de la nécessité fortuite de contracter est injuste. On se trouve alors dans un domaine proche de la lésion (225).

### β - Le caractère déterminant de la transgression du devoir moral

126 - Le dol, la réticence dolosive et la violence doivent avoir un caractère déterminant du consentement de la victime, qui est lui aussi un élément constitutif de la convention. En effet la violence doit être constitutive d'une nécessité de contracter (226), ce qui signifie que sans elle le contrat n'aurait pas été conclu. Quant au caractère déterminant du dol et de la réticence (227), Ripert rejette la distinction entre le dol principal et le dol incident : le lien de causalité est suffisamment constitué, et, par conséquent, le contrat est nul, dès lors que la tromperie, antérieure à la conclusion du contrat, en a modifié les conditions (228).

(221) Ripert résout le problème du dol émanant d'un tiers sur le terrain de l'opportunité de la sanction : Ripert, op. cit., n° 47, p. 88.

(222) Op. cit., n° 46, p. 84.

(223) Loc. cit., note 220.

(224) Idem.

(225) Cf. supra n° 93.

(226) Ripert, op. cit., n° 47, p. 87 et n° 45, p. 83.

(227) À propos de la réticence, Ripert n'envisage pas l'incitation à contracter. Op. cit., n° 44, p. 82 et n° 48, p. 88 et s. La jurisprudence actuelle fait référence à l'incitation ou au caractère délibéré du silence. Cf. Civ. 1°, 10 mai 1989, loc. cit., note 77 et Civ. 1°, 12 novembre 1987, loc. cit., note 79.

(228) Op. cit., n° 47, p. 87.

127 - L'utilisation de catégories n'a de sens que si les qualifications auxquelles elles donnent lieu déterminent un effet juridique, déclenchent l'application d'une sanction. En ce qui concerne la fonction normative de la règle morale, ce mécanisme est plus complexe que celui qui préside à l'application des règles strictement juridiques mais demeure analogue.

## II - LA SANCTION DE LA RÈGLE MORALE

128 - L'utilisation des catégories mixtes peut révéler un conflit entre la règle juridique et la règle morale : un fait licite est accompli en violation d'un devoir moral. La licéité du fait exclut, en principe, toute sanction. De plus la règle morale ne comporte pas de sanction nécessaire au but à atteindre. En conséquence une telle situation ne devrait produire aucun effet particulier. Mais s'il est certain qu'on ne peut justifier la résolution des conflits entre le droit et la morale par une application directe des règles en cause, les relations qui existent entre les deux systèmes justifient (B) certains types de sanctions (A).

### A - La description des sanctions

129 - Les sanctions attachées aux catégories mixtes doivent être caractérisées au regard des règles juridiques (1) et des préceptes moraux (2).

#### *1 - Définition des sanctions au regard des règles juridiques*

130 - La fonction normative de la règle morale a pour résultat d'écarter la règle juridique normalement applicable (229) et, par conséquent, de priver une personne du bénéfice de cette règle : l'acte qu'elle accomplit ne correspond plus à l'exercice d'un droit ou d'une liberté mais à un fait illicite ou à la violation d'une interdiction. Dans les situations qui font l'objet de qualifications mixtes, l'éviction de la norme de droit conduit donc à appliquer sa négation. Cette donnée contribue à la définition des sanctions de la règle morale. Ripert la met en relief dans les développements qu'il consacre à l'abus des droits et à la nullité relative.

131 - L'abus des droits (230) peut entraîner plusieurs types de sanctions, qui se distinguent au regard du rapport qu'elles entretiennent avec les règles juridiques.

132 - L'une des sanctions possibles oblige le titulaire du droit à réparer le dommage qu'il a causé, bien que le fait soit licite. La négation s'applique au principe "neminem laedit qui suo jure utitur" et permet de sanctionner le coupable en lui imposant une obligation de réparation. Le maintien des autres règles juridiques l'autorise à se couvrir de la protection du droit, bien que l'acte constitue la violation d'une règle morale : le fait litigieux ne peut être empêché préventivement ; il ne peut y avoir réparation en nature (231). Cette application des règles de la responsabilité civile, par analogie seulement (232), affaiblit la sanction de l'exercice abusif d'un droit (233). Elle est subsidiaire et concerne uniquement "les contraventions acquises" ou "les actes irréparables" (234).

(229) Ripert, *op. cit.*, n° 15, p. 26.

(230) Cf. Ripert, *op. cit.*, n° 94, p. 166.

(231) Une réparation en nature reviendrait à empêcher a posteriori l'exercice du droit.

(232) Il s'agit d'une responsabilité civile par analogie seulement car l'obligation de réparer ne résulte pas de la violation d'une obligation légale, cf. *supra*, n° 54 et s.

(233) Ripert, *op. cit.*, n° 94, p. 165.

(234) *Op. cit.*, n° 94, p. 166

133 - Dans une seconde conception, la négation s'applique aux règles qui servent de fondement à l'exercice des droits subjectifs. L'acte ne bénéficie plus d'aucune protection juridique ; il n'est plus considéré comme ayant été accompli en vertu d'un droit, mais comme réalisant la transgression d'une interdiction. La victime peut donc s'y opposer préventivement ou réclamer une réparation en nature (235).

134 - L'anéantissement du contrat vicié répond à la même analyse : "...Le contractant victime [d'un vice du consentement] peut se prévaloir d'une nullité de protection et échapper à l'application du contrat, cependant que l'autre partie reste tenue par la loi qu'elle s'est elle-même donnée" (236). La nullité relative, qui est une nullité de protection, correspond à la négation de la règle (237) suivant laquelle celui qui a conclu un contrat est obligé de donner, de faire ou de ne pas faire ce qui y est stipulé (238). Néanmoins il faut se garder de penser que, la nullité prononcée, l'une des parties serait libérée alors que l'autre resterait tenue ; la nullité relative anéantit l'ensemble de la convention. Sinon le remède serait pire que le mal : il y aurait une grave injustice à ordonner l'exécution unilatérale d'un contrat synallagmatique. L'étendue de la nullité résulte de considérations morales.

135 - Cette définition invite à rapprocher la nullité relative de la révision du contrat, qui résulte de l'intervention des tribunaux dans l'exécution des obligations (239). L'exercice du pouvoir judiciaire va à l'encontre de la règle suivant laquelle celui qui a contracté doit donner, faire ou ne pas faire ce qui est stipulé. Au regard de la règle juridique qui est niée, la révision a donc des traits communs avec la nullité relative. Les deux sanctions procèdent de la même idée - permission de ne pas faire - mais se distinguent par une différence de degré : les effets du contrat sont supprimés ou seulement diminués. En outre les vices du consentement et la révision n'ont pas le même support moral (240).

136 - Ces développements montrent que la sanction de la règle morale qui, par nature en est dépourvue, lui reste extérieure. Cette sanction n'est que la conséquence produite par l'application de cette norme sur le système juridique. Néanmoins les impératifs moraux permettent d'en préciser les contours.

## *2 - Définition des sanctions au regard de la règle morale*

137 - Au regard des règles morales qui jouent une fonction normative, les sanctions permettent d'effacer le fait contraire au devoir (a) et de punir les intentions coupables (b).

### a - L'effacement de la violation du devoir moral

138 - Les actions en nullité lato sensu et les actions en réparation (241) permettent d'effacer la transgression des devoirs moraux.

(235) Idem.

(236) Op. cit., n° 41, p. 76.

(237) Cette règle définit les conséquences attachées à l'exercice du droit de contracter.

(238) Cf. supra, n° 47. Néanmoins Ripert fait allusion au droit de contracter. Cf. Ripert, op. cit., n° 40, p. 74.

(239) Ripert, op. cit., n° 75, p. 130.

(240) Cf. supra, n° 37 et s., et 58 et s.

(241) Ripert, op. cit., n° 177, p. 337.

139 - L'action en réparation est curative et compense les effets irréparables d'un acte ou d'un fait matériel (242). Il en va ainsi notamment lorsque les conséquences de l'exercice abusif d'un droit ne pouvant être supprimées, les tribunaux accordent des dommages-intérêts.

140 - La nullité frappe l'acte accompli d'inefficacité. Elle opère préventivement en empêchant la réalisation du fait répréhensible. Ripert adopte une conception large de cette sanction : l'inopposabilité, lorsqu'elle profite à une personne déterminée, est une nullité à effet relatif (243). En cela qu'elle s'oppose à l'action en réparation, l'annulation n'est d'ailleurs pas limitée aux actes juridiques et se définit comme la suppression des conséquences juridiques qui résultent normalement d'un acte ou d'un fait : le contrat ne crée pas d'obligation, la prérogative exercée n'est pas juridiquement protégée, etc.

141 - Certaines actions en nullité visent à la défense des principes moraux. L'annulation du contrat pour cause illicite fait obstacle à la réalisation de la pensée coupable (244). Aussi l'action en justice est-elle recevable même lorsqu'elle est exercée par la partie coupable (245). En application de la maxime "nemo auditur", l'action en répétition n'est admise qu'autant qu'elle contribue à l'effacement de l'acte répréhensible. La restitution est refusée au coupable car elle "marque simplement le désir de reprendre ce que l'on a donné, parce que l'exécution devient impossible" (246).

142 - De même, en cas de fraude, l'application de la loi du for fait échec à la transgression du devoir moral qu'elle sanctionne (247). La sanction de la fraude à la loi en droit international privé est une action en nullité lato sensu : un fait matériel, la manipulation du facteur de rattachement, est amputé de ses conséquences juridiques, la désignation d'une règle substantielle.

143 - Les autres actions en nullité tendent à protéger la victime d'un acte moralement condamnable en prévenant le dommage. La sanction préventive de l'abus des droits atteint ce résultat (248). La nullité relative stricto sensu (249) et la réfaction (250) remédie à la conclusion d'un contrat désavantageux. La révision rétablit en cours d'exécution un équilibre contractuel (251). L'inopposabilité d'une créance créée frauduleusement protège le tiers qui bénéficie d'un droit antérieur.

144 - La suppression d'un acte immoral et des ses conséquences se fait au détriment de celui qui en est l'auteur. L'aspect passif de la sanction doit également être justifié au regard de la règle morale.

---

(242) Idem.

(243) Idem.

(244) Ripert, op. cit., n° 36, p. 69.

(245) Op. cit., n° 108, p. 192.

(246) Loc. cit. note précédente.

(247) Op. cit., n° 174, p. 329.

(248) Sur l'analyse des différentes hypothèses d'abus, cf. op. cit., n° 96 et s., p. 168 et s.

(249) À propos de l'erreur, Ripert s'exprime en ces termes : "Ce que l'on n'a pas assez remarqué c'est le constant appel fait à l'idée de *lésion* par les décisions qui prononcent la nullité et la constatation de l'absence de préjudice subi dans les décisions qui maintiennent le contrat", op. cit., n° 43, p. 79.

(250) Op. cit., n° 71, p. 122.

(251) Op. cit., n° 75, p. 131 et 132.

### b - La punition de la violation du devoir moral

145 - Les sanctions qui résultent de la fonction normative de la règle morale doivent être appliquées strictement : elles supposent une culpabilité et ne peuvent être mises en œuvre aux dépens d'une personne (252) qui est irréprochable (253). Ainsi le dol doit-il émaner du cocontractant (254). Il ne peut être sanctionné que contre celui qui s'est rendu coupable de la violation du devoir moral en cause (255). La violence est prise en compte même si elle émane d'un tiers. Dans ce cas le cocontractant est sacrifié parce que la protection de la victime, qui est plus vulnérable à la violence qu'à la tromperie, est impérative (256).

146 - Le recours aux peines civiles (257) n'est pas particulier à la fonction normative de la règle morale : une telle peine peut être appliquée dans tous les cas de fraude (258). La question de la peine privée se pose chaque fois qu'on entend sanctionner en tant que telle une intention juridiquement ou moralement condamnable (259). L'application d'une peine qui a un fondement juridique ne fait pas de difficulté. Par contre la sanction de la règle morale par les tribunaux suscite des réticences (260).

## **B - La justification des sanctions**

147 - Comment peut-on justifier qu'une règle morale évince une règle juridique ? La querelle du droit et de la morale ne doit pas occulter, par les prises de position qu'elle suscite, le centre du problème. Avant tout, il convient d'expliquer comment l'application d'une norme appartenant à un système normatif quelconque peut avoir pour effet de disqualifier une autre norme appartenant à un autre système. Le fondement de la fonction normative, définie abstraitement, est composé de trois éléments : le pouvoir judiciaire (1), le degré de validité juridique et le degré de validité morale (2).

### *1 - Le pouvoir judiciaire*

148 - "Ce n'est pas seulement dans l'élaboration de la règle de droit que la morale intervient, mais aussi dans l'application et l'interprétation de la règle. Le juge est le législateur des cas particuliers. Il a, lui aussi, un rôle de gouvernant vis-à-vis des plaideurs qui viennent devant lui. Le pouvoir politique asservit son jugement à la loi, parce que la mesure générale a sur l'ordre particulier l'avantage de permettre l'action régulière et d'éviter l'arbitraire. Mais quand la loi est muette, obscure ou insuffisante, le juge est souverain pour dire le droit. Plus on défend le pouvoir du juge et l'autorité de la jurisprudence, plus on élève la puissance intellectuelle contre la puissance politique. Le juge écoutant les voix diverses qui vont lui dicter la sentence est sensible avant tout à la considération de la loi morale. Il a la conviction qu'il doit faire régner la justice ; il est moins frappé par l'utilité commune que par

(252) L'annulation d'un contrat à titre gratuit n'est pas préjudiciable à son bénéficiaire, op. cit., n° 47, p. 88.

(253) Op. cit., n° 49, p. 91.

(254) Op. cit., n° 47, p. 87.

(255) "On ne peut faire supporter au contractant la conséquence de cette tromperie à laquelle il ne s'est pas associé ; il y aurait une véritable injustice à le priver du bénéfice du contrat". Op. cit., n° 47, p. 88.

(256) Idem.

(257) Sur la notion de peine civile en général, cf. op. cit., p. 337 et s.

(258) Cf. supra, n° 73.

(259) Ripert, op. cit., n° 177, p. 337.

(260) Op. cit., n° 95, p. 166.

l'équité. Souvent même, lorsque le législateur aura oublié ou méconnu que l'application de la règle juridique peut dans certains cas aboutir à la violation de la morale, le juge imposera le respect de cette loi contre la règle de droit" (261).

149 - Ce texte, d'interprétation délicate, affirme l'existence d'un pouvoir juridictionnel et définit les relations qu'il entretient avec le pouvoir politique.

#### a - L'existence du pouvoir juridictionnel

150 - Lorsqu'il tranche les litiges qui lui sont soumis, le juge exerce un pouvoir propre ; le pouvoir politique n'est pas compétent pour appliquer le droit. Pour Ripert, l'activité juridictionnelle a plusieurs facettes. Les tribunaux interprètent la loi, et, dans ce cadre, créent du droit (262). Néanmoins il ne s'agit pas, sauf exception (263), de règles générales (264). En outre, le juge peut, au titre de la fonction normative de la règle morale, écarter la règle juridique, lorsque son application aurait pour conséquence la violation d'un devoir moral (265). Sous son aspect juridictionnel, l'activité des tribunaux consiste donc, soit à déterminer la norme juridique particulière qui sera utilisée, soit à choisir la règle, juridique ou morale, qui sera appliquée (266).

151 - Modalité de l'activité juridictionnelle, la fonction normative de la règle morale ne modifie pas la composition des systèmes normatifs qu'elle met en relation. Les règles morales et les règles juridiques ne sont pas modifiées ; elles sont seulement utilisées suivant un schéma particulier. Aussi la fonction normative ne constitue-t-elle pas, à proprement parler, une source de droit mais un procédé de réalisation de normes qui appartiennent à des systèmes distincts. À ce titre, le droit et la morale entretiennent un rapport unilatéral : la règle morale modifie l'application de la règle juridique mais n'est pas modifiée par elle. Aussi la fonction normative a-t-elle une finalité juridique puisque le résultat de sa mise en œuvre se produit relativement au système du droit (267). Elle apparaît comme le pouvoir du juge de s'affranchir du pouvoir politique en disqualifiant la règle qu'il a posée.

#### b - La hiérarchie des pouvoirs

152 - La lettre du texte reproduit intègre les rapports entre le droit et la morale dans une structure institutionnelle : le rôle de la morale dans la résolution des litiges serait déterminé par les rapports entre le pouvoir juridictionnel et le pouvoir politique. Sur ce point la pensée de Ripert s'articule en apparence sur une contradiction : "le pouvoir politique asservit le jugement du juge à la loi..." (268), mais, "plus on défend le pouvoir du juge et l'autorité de la jurisprudence, plus on élève la puissance intellectuelle contre la puissance politique" (269). La dépendance du pouvoir juridictionnel l'obligerait à appliquer la règle positive, son indépendance

(261) Op. cit., n° 15, p. 25 et 26.

(262) Op. cit., n° 15, p. 25.

(263) Cf. supra, n° 30.

(264) "Le juge est le législateur des cas particuliers", loc. cit., note 259!

(265) Idem.

(266) Pour une application, cf. Ripert, op. cit., n° 81, p. 144.

(267) Op. cit., n° 1, p. 1, n° 2, p. 5.

(268) Loc. cit., note 259.

(269) Idem.

lui permettrait de s'en affranchir et de recourir à la morale (270). La contradiction n'est qu'apparente : la hiérarchie des pouvoirs est la projection simplifiée de l'organisation de la notion de validité.

## 2 - Les degrés de validité

153 - La pensée de Ripert s'appuie sur l'idée qu'il existe des degrés de validité (271) : certaines règles sont plus respectables que d'autres. Un rapport de force, variable en fonction de chaque couple de règles considérées, s'établit entre la validité juridique (a) et la validité morale (b) et conduit à faire prévaloir le pouvoir juridictionnel ou le pouvoir politique, suivant les cas (272).

### a - Le degré de validité juridique

154 - Le degré de validité juridique s'apprécie formellement ( $\alpha$ ) et matériellement ( $\beta$ ) (273).

#### $\alpha$ - Le degré de validité formelle

152 - "La règle morale...", sur ce point très classique, mesure la validité formelle à la volonté du législateur : si la loi est muette, obscure, insuffisante ou si "le législateur a oublié... que l'application de la règle juridique peut dans certains cas aboutir à la violation de la morale" (274), les tribunaux peuvent s'affranchir des normes positives. Cette solution est cohérente puisque la validité formelle résulte de la volonté du législateur, qui s'exprime par les sources du droit. Aussi une prise en considération directe de la règle morale dans le cadre de l'activité juridictionnelle suppose-t-elle que le système juridique ne contienne pas de disposition précise qui fasse échec à la fonction normative de la règle morale. Il arrive en effet que le législateur, en édictant une disposition juridique, exclut volontairement le recours direct à la règle morale. Il en va notamment ainsi des règles légales relatives au conflit entre plusieurs acquéreurs d'un même immeuble (275).

156 - Juridiquement, le droit de l'acquéreur qui a publié le premier prévaut. Peut-on sanctionner, sur le fondement des règles morales, le second acquéreur qui a publié le premier et connaissait la première aliénation (276) ? A priori, la publicité

(270) Le dilemme n'existe pas en matière d'arbitrage international. L'arbitre n'est pas "le serviteur de la loi", cf. P. Mayer, article précité, N° 3, p. 350.

(271) Idem.

(272) MM. Ghestin et Goubeaux donnent, à propos de l'abus des droits, une analyse différente : J. Ghestin et G. Goubeaux, *Traité de droit civil, tome 1, Introduction générale* 2ème édition, L.G.D.J. 1983, N° 717, p. 635. D'après MM. Ghestin et Goubeaux, Ripert subordonnerait le droit à la morale. Dans le cadre de cette interprétation, la référence à l'intention de nuire ne se justifierait pas : devrait être qualifié d'abus tout exercice d'une prérogative légale en violation d'un devoir moral. L'objection tombe si l'on admet qu'il existe des degrés de validité : la sécurité dans l'exercice des droits cède uniquement devant le devoir, impérieux, de ne pas nuire intentionnellement à autrui (cf supra N° 53 et infra N° 162). MM. Ghestin et Goubeaux affirment également que la règle morale joue un rôle en matière juridique si et seulement si elle fait l'objet d'une réception par le droit. Néanmoins, force est d'admettre que, comme le démontre Ripert, la règle appliquée par les tribunaux n'est pas, sauf exception, une règle juridique (cf. supra N° 30 et 57). En outre, l'exclusion de l'application des règles proprement morales par les tribunaux suppose que leur domaine et celui des règles juridiques soient distincts, ce qui ne semble pas être le cas (cf. supra N° 11 et 12), ou quelles règles morales ne bénéficient pas d'une validité comparable à celle de la norme positive (cf. supra N° 18 et 20).

(273) Cf. supra, N° 16 et s.

(274) Loc. cit., note 259.

(275) Ripert, op. cit., N° 171, p. 320.

(276) Op. cit., N° 172, p. 324.

légale est une forme juridique, qui, comme toute autre, peut être utilisée abusivement par les intéressés, Néanmoins les règles relatives à la publicité légale obligent à ne pas tenir compte de la connaissance de la première aliénation par le second acquéreur, et, en conséquence, interdisent qu'on le sanctionne sur le fondement du précepte qui interdit de nuire consciemment à autrui (277).

157 - Sur ce terrain, toute la difficulté consiste à déterminer les hypothèses dans lesquelles la loi exclut le recours à la fonction normative de la règle morale (278). Pour Ripert, le principe est qu'il ne faut pas tolérer que la forme juridique soit utilisée en violation de devoirs moraux (279). Les dispositions qui font échec à la fonction normative de la règle morale semblent donc devoir être interprétées restrictivement.

158 - L'identification de ces dispositions repose sur leur niveau de précision et la nature de leur contenu. Si le système juridique contient une règle incompatible avec la règle juridique dérogatoire qui pourrait sanctionner, si elle existait, le devoir moral en cause, alors la règle morale ne peut pas être appliquée directement. En effet, il est alors certain que la loi exclut, dans l'hypothèse concernée, le recours à la fonction normative de la règle morale, puisque, pour cette hypothèse, elle édicte une règle incompatible avec la règle morale.

159 - Ainsi, en matière de transfert de droits immobiliers, le système juridique contient une règle aux termes de laquelle celui qui a acquis et publié son droit peut en exercer les prérogatives même à l'encontre de celui qui l'aurait acquis avant lui. Le devoir moral en cause est celui qui interdit de nuire consciemment à autrui. Pour l'hypothèse concernée, ce devoir pourrait être sanctionné sous la forme de la règle dérogatoire suivante : celui qui a acquis un droit en ayant connaissance d'une première aliénation ne peut l'opposer au premier acquéreur. Manifestement cette règle est incompatible avec celle que contient effectivement le système juridique, de plus elle a le même degré de précision : l'une permet exactement ce que l'autre interdit.

#### β - Le degré de validité juridique matérielle

160 - Le principe de la sécurité juridique exclut, dans certaines hypothèses, l'éviction d'une règle de droit par une règle morale ou aménage les modalités de la mise en œuvre de la fonction normative de la règle morale. Or la sécurité juridique est en relation avec la validité matérielle de la règle de droit : la sécurité consiste dans la confiance que l'on porte aux règles juridiques, et cette confiance est une forme d'assentiment au droit.

161 - Ainsi, les contrats de spéculation ne peuvent-ils être rescindés pour lésion. Les contrats de spéculation sont ceux à propos desquels la spéculation est admise (280). La spéculation consiste à contracter en considération du fait que l'avenir accroîtra l'avantage retiré du contrat. Elle suppose une confiance absolue dans la loi contractuelle. Pour Ripert, les contrats dans lesquels la spéculation n'est

(277) Loc. cit., note 272. La jurisprudence a évolué, elle admet désormais que la connaissance, au moment de l'acquisition, d'une aliénation antérieure prive le nouvel acquéreur des avantages résultant de la publicité foncière (Civ. 3<sup>e</sup>, 13 octobre 1981, bull. civ., III, N° 153).

(278) Ripert, op. cit., N° 172, p. 324.

(279) Op. cit., N° 4, p. 9.

(280) Op. cit., N° 73, p. 126.

pas autorisée, et qui peuvent donc être rescindés pour lésion (281), doivent être définis restrictivement : il s'agit des conventions qui créent une confiance légitime entre les parties, de celles qui sont conclues entre des personnes dont les forces respectives sont, à l'évidence, disproportionnées, et des contrats nécessaires à la vie courante (282).

162 - De même le principe de la sécurité juridique justifie un aménagement particulier de l'action en rescision pour lésion (283) : les délais d'action doivent être brefs ; la réfaction du contrat doit être préférée à son annulation (284).

163 - Le degré de validité juridique, formelle ou matérielle, apparaît comme une cause d'exclusion de la règle morale. Le degré de validité morale conditionne son application.

#### b - Le degré de validité morale

164 - Ripert justifie, à plusieurs reprises la fonction normative de la règle morale par le caractère impérieux du devoir qui lui sert de fondement (285). Le degré de validité morale, qui est matérielle, se mesure à l'assentiment des destinataires de la norme ; à ce titre la conviction du juge est déterminante (286), Reposant sur un fondement subjectif, l'autorité de la règle morale, et, par conséquent, sa fonction normative sont contingentes : "Ces règles morales le législateur et le juge peuvent ou les rendre obligatoires par la sanction les ignorer et même les combattre" (287).

165 - Le fondement de la validité morale, qui est équivoque, repose également sur un système objectif de valeurs (288). "Le problème est... d'assurer l'épanouissement des idées morales, parce que la véritable civilisation consiste à rendre la société plus parfaite par l'homme meilleur, et en même temps de respecter la liberté humaine en arrêtant l'autorité civile devant le respect des consciences et en ne demandant pas compte aux hommes des raisons qui leur dictent l'obéissance à la loi" (289).

166 - En fin de compte, la mise en œuvre de la fonction normative de la règle morale résulte, dès lors qu'une qualification mixte est en cause, d'une combinaison des échelles de validité : il s'agit de déterminer si, au regard de leur degré respectif de validité, on peut admettre que la règle morale évince la règle juridique.

---

(281) Le raisonnement est le même lorsqu'un contractant est victime d'une réticence dolosive. "Pour apprécier si une obligation mensongère constitue un dol, il faut tenir compte de la nature du contrat, des relations des parties et de la confiance réciproque qu'elle s'accorde". Op. cit., N° 48, p. 88.

(282) Op. cit., N° 72, p. 124 et 125.

(283) Combiné avec le caractère impérieux du devoir moral, le principe de sécurité juridique est pris en compte dans le cadre de l'abus des droits, cf. supra n° 55 et infra n° 164.

(284) Ripert, op. cit., n° 71, p. 122.

(285) Op. cit., n° 74, p. 130.

(286) "[Le juge] a la conviction qu'il doit faire régner la justice", loc. cit., note 259.

(287) Ripert, op. cit., n° 14, p. 23.

(288) Sur cet aspect de l'autorité morale, op. cit., Conclusion, 397 et s.

(289) Loc. cit., note 276.

## CONCLUSION

167 - La fonction normative s'analyse en un système de conflit (290) : elle permet de choisir entre deux règles, qui s'appliquent à une même situation et qui contiennent des sanctions opposées. Néanmoins, la structure utilisée par Ripert n'est pas assimilable au système de conflits de lois utilisé en droit international privé. La méthode des conflits de lois procède par désignation (291). Elle détermine la règle substantielle applicable au litige international. La fonction normative est un système d'éviction : la solution du litige résulte principalement de la négation (292) d'une règle applicable (293). En outre les techniques utilisées diffèrent profondément. Le droit international privé se compose de règles de conflit (294), distinctes des normes conflictuelles et dont la mise en œuvre suppose deux qualifications : l'une s'effectue à partir de l'hypothèse de la règle de conflit et permet de rattacher le litige à un ordre juridique déterminé, l'autre résulte de l'hypothèse de la règle substantielle désignée et conduit à résoudre le litige au fond. La fonction normative ignore la règle de conflit. Le choix entre la règle juridique et la règle morale est le fruit d'une comparaison d'échelles de validité ; il se fait en fonction de critères inhérents aux normes conflictuelles. La qualification du litige est unique et mixte ; elle permet de détecter les situations au regard desquelles l'incompatibilité entre la règle juridique et la règle morale se matérialise.

168 - La fonction normative est donc un système de conflit, qui réalise (295) concurremment des normes incompatibles. L'utilisation qu'en font les tribunaux démontre que le droit positif interne procède en partie d'une méthode conflictuelle. Aussi l'unité du droit objectif n'est-elle pas matérielle mais structurelle : la cohérence des normes qui le composent ne se jauge pas au regard de leur contenu ; elle résulte des principes grâce auxquels elles s'organisent et se réalisent.

---

(290) Sur la notion de conflit de normes, cf. P. Mayer, "Droit international privé", 3ème édition, Monchrestien, 1987, n° 87, p. 57.

(291) Op. cit., n° 114, p. 73.

(292) Cf. supra, n° 130.

(293) La norme juridique à vocation à régir tous les litiges soumis aux tribunaux.

(294) P. Mayer, op. cit., n° 115, p. 74.

(295) Cf. supra, n° 75.

# LE "SYNCRÉTISME" DANS LA RÉALISATION DU DROIT D'APRÈS HENRI MOTULSKY (\*)

Par

Emmanuel PUTMAN  
*Professeur à l'Université d'Aix-Marseille III*

Les praticiens du Palais expriment parfois une certaine déception devant les livres de l'École sur cette réalisation du Droit dont ils sont les acteurs. Ces livres, il est vrai ne montrent guère ce que l'École n'apprend pas : le "savoir faire", le "doigté" du praticien, son "flair" dans la poursuite de l'argument, ce "sens", si intuitif, acquis et développé par l'expérience, de la règle de Droit adéquate au cas du plaideur, de la règle qui lui donne droit à son droit. Sans doute y-a-t-il, dans le tact et l'habitude du praticien, quelque chose, d'essentiel pour la réalisation du Droit, qui échappe à la pénétration du penseur (Gény, *Science et technique I*, p. 192, cité au n° 2). Le sens du Droit est le désespoir des systèmes ; à son égard la méthodologie juridique est comme la plus belle fille du monde : elle ne peut donner que ce qu'elle a. Pourtant, l'un des inspirateurs de cette discipline, Henri Motulsky, s'est efforcé d'attirer l'attention sur l'une des plus impalpables composantes de ce "sens du Droit" : la "réaction de l'esprit juridique devant l'amas de faits à lui soumis en vue de la réalisation du Droit : son "flair" lui fait pressentir, avant tout examen approfondi, une solution que le raisonnement doit venir vérifier et, le cas échéant, rectifier (n° 52). "L'intuition du juriste est comparable au "sentiment" du savant, à "l'instinct" du médecin, à "la vue spontanée d'ensemble qui caractérise, dans tous les domaines, la réaction première du professionnel averti en face des problèmes dont il se trouve saisi" (id.). Cette "première vue générale, compréhensive mais obscure", c'est "ce que Renan appelait le "syncrétisme", qui s'apparente, sans s'identifier avec elle à l'intuition" (ibid.). Motulsky nous invite donc à retourner au passage de "L'Avenir de la science" où Renan définit son acception personnelle du "syncrétisme" : "de même que le fait le plus simple de la connaissance humaine, s'appliquant à un objet complexe, se compose de trois actes :  
1°) vue générale et confuse du tout ;

---

(\*) Certains éléments de cette communication sont empruntés à un compte rendu de la réédition de la thèse de Motulsky à paraître à la Revue trimestrielle de droit civil. Les citations de cette thèse ("Principes d'une réalisation méthodique du droit privé") sont référencées par les numéros de paragraphes du texte aux éditions Dalloz, sans autre indication.

2°) vue distincte et analytique des parties ;

3°) recombinaison synthétique du tout avec la connaissance qu'on a de ses parties ; - de même, l'esprit humain dans sa marche traverse trois états qu'on peut désigner sous les trois noms de syncrétisme, d'analyse, de synthèse" (cité in Lalande, Vocabulaire de la philosophie, V° Syncrétisme). Caractérisant à son tour l'intuition, le "syncrétisme" juridique, Motulsky écrit : "ce n'est qu'après cette "connaissance immédiate" que l'esprit tente d'arriver à la "connaissance discursive", en passant d'un jugement à l'autre, de la synthèse première à l'analyse, pour aboutir à une nouvelle synthèse rectifiée et enrichie : en sorte que tout travail de l'esprit est une analyse entre deux synthèses" (eod loc.). Choisissons d'être celui de la thèse de Motulsky notre "guide-âne". Dans sa représentation de la réalisation du Droit l'intuition du juriste joue un rôle, non exclusif mais non négligeable : espérons, de l'étude de ce rôle, quelques lumières sur la nature du "syncrétisme juridique".

## I - RÔLE DU SYNCRÉTISME JURIDIQUE

Toute méthode -et celle de Motulsky n'est pas des moindres- tend à l'abstraction. Mais, avant de voir le syncrétisme juridique en formules, tâchons de le voir en actes.

### A - LE SYNCRÉTISME EN ACTES

Motulsky nous donne, pour comprendre le rôle de l'intuition du juriste, le fil d'Ariane d'un cas pratique qui met aux prises un employeur et un ouvrier de son usine, intoxiqué par des émanations gazeuses, source pour lui d'une incapacité de travail dont il demande réparation au juge, quoiqu'il reconnaisse que l'employeur avait pris toutes les précautions, sans pouvoir éviter ces émanations liées à l'activité de l'usine.

D'emblée, Motulsky met l'ouvrier intoxiqué en présence du juge : dans l'opéra qu'il compose, le juriste "prima donna assoluta", est toujours le juge, explicitement ou implicitement. Motulsky ne caractérise pas beaucoup ce personnage. Son juriste est, dirions-nous, très stylisé : par une entorse méthodologique à la réalité, ce n'est pas "un juge". C'est "le juge", sorte d'archétype. Ici commence le "jeu" motulskien : "le juge saisi de ce cas particulier se demande quelle est la règle de Droit applicable. Le syncrétisme, aussitôt, fait son œuvre de suggestion : il lui inspirera, peut-être, l'idée que cette règle pourrait être contenue à l'article premier de l'ordonnance du 19 octobre 1945, relative aux accidents du travail" (loc. cit.).

Il faut accepter de "jouer" avec Motulsky et d'imaginer que c'est là l'intuition initiale du juge, et non toute autre intuition plausible. Pour l'instant, peu importe : ce que le "maître de jeu" nous invite à comprendre, c'est que le juge formule tout d'abord une "hypothèse" songe à une "règle possible", dont il faudra bien que, se livrant à "vérification", il éprouve si c'est vraiment la "règle applicable", celle qui donne à l'ouvrier son droit, celle dont l'effet correspond précisément à celui que réclame le demandeur dans le cas particulier. C'est cela la réalisation du Droit, selon Motulsky : une opération intellectuelle du juge, un enchaînement d'hypothèses et de vérifications, "la tentative de penser un cas particulier comme contenu dans une règle de Droit, et la constatation du résultat, positif ou négatif, de la recherche" (n° 45). Et c'est cela le syncrétisme juridique : sinon un garant pour la constatation, au moins un moteur pour la tentative : la suggestion d'une "règle possible", avant la découverte de la "règle applicable". Pour le juge, ce diseur de droit, le syncrétisme est un donneur d'hypothèses.

Il faut alors continuer le jeu. Motulsky va supposer que l'intuition initiale du juge s'avère erronée, parce que l'intoxication de l'ouvrier ne figure pas sur la liste des maladies professionnelles prises en considération par la législation sur les accidents du travail. Mais le jeu ne s'arrête pas, puisque le joueur est le juge, tenu de jouer -et de juger- sous peine de déni de justice. Échaudé par son erreur d'intuition, le joueur se livre maintenant à une série de vérifications raisonnées, à l'issue desquelles il conclut que l'article 1384 alinéa 1 du Code civil s'applique (l'employeur étant considéré comme "gardien" des émanations gazeuses) à l'exclusion de la responsabilité contractuelle (le chef d'entreprise n'ayant pas d'obligation conventionnelle de sécurité) et de l'article 1382 (le patron, qui avait pris toutes les précautions, n'a commis aucune faute). Peu importe qu'une évolution du droit positif (Motulsky écrit en 1948) puisse changer la solution du cas : la liste des maladies professionnelles peut être allongée, une obligation de sécurité peut être créée... L'essentiel est d'en venir à ce que Motulsky voulait démontrer : la vérification de l'hypothèse suppose une décomposition des faits de l'espèce, une confrontation avec les conditions d'application de chaque règle possible, auxquelles le syncrétisme est impuissant. Le "maître de jeu", on s'en rend compte n'est pas tout à fait impartial : sous couvert de reconnaissance de la démarche intuitive du juriste, il suscite notre défiance à son endroit, et nous invite en fin de compte à "tuer le syncrétisme". Mais ce qu'il nous en dit ne le fait-il pas, tout aussitôt, renaître de ses cendres ?

Pour s'en convaincre, il faut avec Motulsky, formaliser les diverses étapes du travail du juge, dont l'histoire de l'ouvrier intoxiqué a été le révélateur.

## B - LE SYNCRÉTISME EN FORMULES

Le fait que, malgré la généralité et l'abstraction de ses termes, la méthode de Motulsky soit en vérité celle d'une réalisation judiciaire du Droit, n'est sans doute pas étranger à l'importance qu'il prête au syllogisme, au point d'écrire que "c'est, à tout prendre, la découverte des termes du syllogisme juridique qui constitue l'objectif propre d'une réalisation méthodique du Droit" (n° 51). La motivation des décisions des juges judiciaires -singulièrement, des arrêts de cassation- peut généralement être ramenée à des séries de syllogismes. Mais, cette reconstitution déductive n'est-elle pas l'expression "a posteriori" du résultat auquel a conduit la vérification de l'hypothèse ? Le syllogisme, c'est le bulletin de victoire après la bataille. "Ceux qui y étaient" reconnaissent rarement la bataille qu'ils ont livrée. C'est que les bulletins de victoire (comme les Bulletins de la Cour de cassation) sont écrits pour la postérité : ils taisent, de préférence, ce que certains ordres de marche ont dû à l'intuition du général, au coup de dé, en somme.

Mais, nous qui avons joué avec Motulsky, nous savons bien que les choses ne se sont pas passées ainsi. Nous connaissons la part que "l'intuition", le "sentiment", l'"instinct", le "flair", en un mot le syncrétisme, même passé au crible de l'analyse raisonnée, a prise dans la découverte du syllogisme. Pour nous qui ne pouvons ignorer le déroulement réel des opérations, Motulsky va donc le formaliser à son tour. Afin de le suivre, il faut se rappeler qu'il a la même conception de la règle de Droit que Stammler : il y voit une structure de type "Si - Alors", qui fait découler d'une "présupposition" un "effet juridique" ("Si", un fait de l'homme cause, par sa faute, un dommage à autrui, "Alors" le fauteur de dommage sera obligé de le réparer). D'où l'énoncé-type du syllogisme juridique qu'il propose (n° 50) :

"Telle présupposition étant donnée, tel effet juridique en découle. Or, le cas particulier est contenu dans cette présupposition. Donc l'effet juridique envisagé se produit dans ce cas particulier".

Motulsky laisse lui-même entendre que ce syllogisme ne décrit nullement le processus de la réalisation du Droit, car celle-ci "procédera (...), tout naturellement, de la conclusion à laquelle il faudra aboutir (...) il faut se demander, en premier lieu, ce que veut obtenir, pratiquement, la personne qui déclenche le mécanisme de réalisation du Droit" (l'ouvrier dans l'exemple choisi) ; "il faut ensuite traduire juridiquement cette prétention de fait ; et il faut rechercher, enfin, une règle (...) dont "l'effet" corresponde à la réclamation ainsi exprimée" (n° 57).

De manière effective, la réalisation du Droit passe donc, à ses yeux, par les étapes suivantes :

- Tel effet juridique (indemnisation) est réclamé par le demandeur (ouvrier).
- Cet effet juridique pourrait découler des présuppositions A (accidents du travail) B (contrat) C (1382) ou D (1384).
- Le cas particulier est contenu dans la présupposition D.
- Donc pour obtenir l'indemnisation, il faut s'appuyer sur l'article 1384 alinéa 1 du Code civil.

Ainsi le syncrétisme intervient-il dans la deuxième étape : "c'est lui (...) qui suggère au juriste, avec plus ou moins de précision, l'hypothèse dont il devra partir ou, à tout le moins, le cadre dans lequel il faudra la rechercher" (n° 55). Un tableau figurant la réalisation du Droit se présenterait donc à peu près comme ceci.

## CAS PARTICULIER

PRÉSUPPOSITION	"RÈGLE POSSIBLE" (hypothèse)	SYNCRÉTISME
COMPARAISON AVEC LE CAS	(vérification)	ANALYSE
EFFET JURIDIQUE	"RÈGLE APPLICABLE" (résultat)	SYNTHÈSE

L'enseignement qu'on en retire sur ce phénomène "a priori" impossible à systématiser, l'intuition du juriste, n'est pas mince. Reste à se demander ce qui déclenche ce mécanisme intellectuel, en quoi consiste cette suggestion de l'hypothèse de départ, de quelle nature est le syncrétisme : la lecture des "Principes" motulskiens peut nous mettre sur cette voie.

## II - NATURE DU SYNCRÉTISME JURIDIQUE

Aux yeux de Motulsky, le "premier travail analytique" ayant pour objet la recherche de la règle possible, s'opère "sous l'égide du syncrétisme" mais avec le concours de la "classification des règles de Droit" (n° 56) qui doit permettre de rattacher la prétention de fait du demandeur à des catégories juridiques. C'est dire que le syncrétisme participe à la qualification des faits : n'est-il pas, au fond, l'intuition d'un rattachement ? Pourtant, écrit Motulsky, si le syncrétisme s'apparente à l'intuition, il ne s'identifie pas avec elle. Est-ce à dire que, contrairement à l'impression première, il y ait dans le syncrétisme, autre chose que "divination et pressentiment", qu'il puisse, après tout, receler une certaine part de raisonnement ?

## A - L'INTUITION D'UN RATTACHEMENT

Il faut recommencer le jeu. Mais, révérence gardée, le "maître de jeu" Motulsky nous a proposé une partie un peu trop désincarnée, un peu trop "cérébrale". Nous savons déjà que son joueur, son juge, a de l'intuition. Nous éprouvons l'envie de lui donner un visage. Imaginons un juge jeune, frais émoulu de l'École, où il aura fait quelques "impasses", dont, peut-être, le droit social ; imaginons notre jeune juge, face à son dossier, pour une fois en panne d'intuition. Il est décidé à tirer au clair le cas étrange de l'ouvrier intoxiqué. Mais comment ?

Le "maître de jeu" Motulsky vient à son aide : il faut passer en revue tous les groupes de règles qui paraissent de nature à pouvoir contenir la "règle applicable" ; et cette recherche doit s'opérer par cercles concentriques, qu'il faut resserrer, de plus en plus, en ayant soin d'avoir toujours égard au "cas particulier", auquel la règle à choisir doit correspondre (n° 56). "Une opération de "qualification" -facilitée (...) par l'existence des groupes de règles de Droit rationnellement constitués- fournira la solution" (n° 57). C'est, pour notre jeune juge, une perspective plutôt effrayante : Motulsky ne lui dit-il pas que "ce premier travail analytique doit (...) s'étendre sur le système juridique tout entier" ? Il va cette fois, demander conseil à un aîné. À peine entendue l'histoire de l'ouvrier intoxiqué, ce magistrat expérimenté a le sens immédiat de la qualification plausible, de l'habit juridique qui paraît coupé pour aller au fait, pour rattacher la prétention à une règle : il pense à la législation sur les accidents du travail et les maladies professionnelles. Ou bien, peut-être a-t-il l'intuition, moins précise, d'une gerbe de rattachements possibles, des accidents du travail à la responsabilité civile de l'employeur, "gardien" des émanations gazeuses. En tout cas, son "syncrétisme" a l'immense avantage de lui permettre d'économiser des raisonnements : "normalement le syncrétisme suffira à éviter un examen portant sur l'ensemble de l'ordre juridique : il indiquera toujours, pratiquement, un cadre circonscrit à l'intérieur duquel se dérouleront les recherches" (n° 56). Certes, le risque d'intuition fautive existe, la "connaissance immédiate" doit impérieusement être mise à l'épreuve de la "connaissance discursive". Mais une méfiance exagérée à l'égard du syncrétisme ne paraît pas de mise. Le mérite des "pistes", des "cadres" qu'il suggère, c'est-à-dire des classifications et catégories juridiques, est leur relative stabilité à travers les vicissitudes du droit positif. Leur contenu (textes sur les maladies professionnelles, jurisprudence sur l'obligation de sécurité, la faute ou la garde...) peut évoluer très vite, mais les catégories juridiques elles-mêmes ne se réinventent que lentement. À la limite du paradoxe, on peut soutenir que l'objet du syncrétisme est plus sûr que celui de l'analyse : même si la "règle applicable" proposée par Motulsky était fautive, son intuition des "règles possibles" demeurerait valable. Supposons d'ailleurs -il n'est pas interdit de supposer !- que la maladie du salarié ait bien été inscrite sur la liste des maladies professionnelles. Le juge n'aurait pas eu besoin d'aller plus loin : "il peut se faire (...) -et là réside (...) l'utilité immédiate du mécanisme mental à mettre en mouvement- que cette première réflexion suffise à imposer une solution et que toute investigation ultérieure apparaisse sans intérêt" (n° 58).

Dans le cas contraire, le passage du "syncrétisme" à l'analyse, de la première vue générale des règles possibles à la vue enfin distincte de la règle applicable, se fait progressivement par "battues" selon le mot de Motulsky (n° 57), par une série d'intuitions affinées et corrigées par "approches" successives de l'objectif de, moins en moins "syncrétiques" et de plus en plus analytiques. Les trois étapes définies par Renan -syncrétisme, analyse, synthèse- ne seraient nettement distinctes que si le juriste avait toujours d'un coup l'intuition globale des règles possibles pour les soumettre ensuite à une réfutation analytique. Le syncrétisme juridique n'opère pas

forcément de cette manière parce que le juriste n'a pas dans chaque cas particulier une vision d'ensemble du système juridique. Il y a, dans le grand meuble du Droit, beaucoup de " tiroirs ". D'instinct, le juriste en ouvre un, ou quelques uns : le syncrétisme fournit " un cadre circonscrit à l'intérieur duquel se dérouleront les recherches ". Si son instinct le trompe il en ouvrira d'autres, son choix se faisant de plus en plus raisonné. Mais la part exacte du syncrétisme et de l'analyse est difficile à faire. Comme a pu l'écrire Maurice Blondel : " la compétence acquise du "connaisseur" n'est-elle pas une intuition laborieusement et lentement obtenue ? L'intuition ne précède ou n'exclut pas toujours la réflexion discursive et la pensée analytique ; elle peut aussi la suivre et la récompenser " (obs. sous le V° Intuition, in "Vocabulaire de la philosophie" de Lalande). On pourrait donc renverser la proposition de Renan (et de Motulsky) : le syncrétisme, parfois, c'est "une synthèse entre deux analyses". En effet, Motulsky suppose que le syncrétisme est au commencement, lorsque "le juriste chargé de la réalisation du Droit se trouve devant un cas particulier, qui se présente à lui sous forme d'un "magma" de faits". Or, si l'on se rappelle que "le juriste chargé de la réalisation du Droit", c'est en réalité le juge, il serait exagéré de croire que le fait litigieux se présente à lui tel un "magma" et que l'intuition du juge n'est précédée d'aucune analyse du fait. Une certaine sélection des faits juridiquement pertinents a déjà été effectuée par les parties, puisque, selon l'article 6 du Nouveau Code de procédure civile, "à l'appui de leurs prétentions, les parties ont la charge d'alléguer les faits propres à les fonder". Et le juge ne s'en tient pas strictement à l'adage "da mihi factum, dabo tibi jus", car il "peut inviter les parties à fournir les explications de fait qu'il estime nécessaires à la solution du litige" (art. 8 du Nouveau Code de procédure civile), il "peut prendre en considération même les faits que les parties n'auraient pas spécialement invoqués au soutien de leur prétention" (art. 7 al. 2 du Nouveau Code de procédure civile ; sur les rapports de ces textes avec la pensée de Motulsky, v. son article, "Le rôle respectif du juge et des parties dans l'allégation des faits", *Écrits, études et notes de procédure civile*, p. 38 et s.). Ce qui préside au syncrétisme, n'est-ce pas alors en réalité d'une certaine manière un raisonnement, un raisonnement rapide et presque inconscient, sur la base d'une analyse en raccourci ?

## B - UN RACCOURCI DU RAISONNEMENT

On ne peut s'empêcher de penser que le "syncrétisme juridique", tel que Motulsky l'envisage, est beaucoup moins "intuitif" qu'il n'a bien voulu le dire tout d'abord, beaucoup moins "divinatoire" -que ce soi-disant "pressentiment" est en vérité, selon une expression qui vient sous la plume de l'auteur des "Principes", une "première réflexion". Il y a en effet une question à laquelle Motulsky se garde de répondre : pourquoi la toute première "intuition" de son juge le conduit-elle à envisager l'application de la législation des accidents du travail, et non, justement, de l'article 1384 alinéa 1 du Code civil. Ce serait faire injure à ce logicien d'une rigueur presque fanatique, que d'attribuer ce choix au seul effet du hasard ou de l'arbitraire ! Au contraire, il est facile de voir que cette supposée intuition est sous-tendue par une démarche, tout à fait, cohérente à partir de l'analyse des faits, et parfaitement "restituable". Ce qui provoque le rattachement, apparemment spontané, aux accidents du travail, c'est la combinaison d'un raisonnement par analogie (entre la maladie professionnelle et l'accident du travail) et de la maxime "specialia generalibus derogant" : le droit spécial des accidents du travail dérogeant au droit commun de la responsabilité, il faut d'abord examiner les conditions limitatives d'application du droit spécial, et ensuite celles du droit commun, résiduel par vocation. Non que l'intuition doive être nécessairement celle-là : le juriste spécialisé en droit social aura

tout naturellement tendance à penser d'abord le cas particulier comme susceptible de se rattacher à ses catégories familières, au contraire du "généraliste" de la responsabilité civile. Ce qui est clair en revanche, c'est que le "syncrétisme" chez l'un comme chez l'autre, n'est pas quelque chose de totalement "non-construit", une intuition au sens le plus ordinaire, de connaissance immédiate sans raisonnement. Le "flair" du juriste fait déjà partie d'un raisonnement, il est le résultat inconscient d'une analyse qui a pu faire jouer des règles de droit, des types d'arguments dont le juriste est familier tels que l'argument "a pari", l'argument "a contrario", des situations de fait que le juriste a déjà connues... Le "syncrétisme" fait fonds sur le "passé" du juriste, "son étendue dépend, d'une part, de la structure même de l'esprit qui exerce cette activité, des forces intuitives, éminemment variables, dont il dispose, et, d'autre part, de la préparation antérieure dont il a bénéficié, c'est-à-dire du fonds de connaissances et de l'expérience qui ont contribué à le former" (n° 52). Le syncrétisme est la restitution, "en un instant de raison", d'un ensemble de principes et de manières de relier entre eux des termes, que le juriste a si souvent pratiqués qu'ils ont acquis pour lui le caractère d'automatismes. Il est intimement nourri des choses du Droit et des rapports entre ces choses. Il n'est pas purement intuitif (si tant est que l'intuition elle-même le soit) : l'intuition de l'analogie, c'est déjà un raisonnement par analogie... L'expérience du syncrétisme fait irrésistiblement penser à cette bande dessinée canadienne qui a pour titre "la Tribu terrible". Au sorcier-stagiaire qui se présente devant lui, le grand sorcier demande une danse de la pluie. Voyant l'apprenti-sorcier se saisir d'un pot de peinture et dessiner par terre ses pas de danse, le grand sorcier (mais ce pourrait être le magistrat chevronné face au juge débutant de tout à l'heure) s'exclame : "je crois que vous avez appris par correspondance !". Le syncrétisme juridique, c'est ce qui permet au sorcier-juriste de danser, sans y penser, sa "danse pour le Droit". L'exemple n'est pas à dédaigner : pour bien réaliser le Droit, ne conviendrait-il pas d'avoir "les pieds légers" ?



# ÉLÉMENTS DE TYPOLOGIE DES JUGEMENTS À PARTIR DE L'IDÉE DE RÉALISATION DU DROIT \*

Par

Jacques HÉRON

*Doyen de la Faculté de droit et de sciences politiques de l'Université de Caen*

1 - L'une des difficultés essentielles pour effectuer une classification, quelle qu'elle soit, consiste à trouver l'angle d'attaque de la classification, disons le critère ou les critères selon lesquels on essaiera de classer les objets examinés. En d'autres termes, la difficulté n'est pas tant de trouver les réponses que les questions, les réponses étant implicitement contenues dans l'énoncé des questions.

Quand il s'agit de classer les jugements, la première idée qui vient à l'esprit, de façon quasiment naturelle, consiste à concentrer son attention sur le juge. Le jugement est l'œuvre du juge ; ne doit-on pas en déduire que c'est en scrutant son activité et en essayant d'y discerner des différences que l'on pourra opérer les classifications qui conviennent ? L'idée est certainement judicieuse lorsqu'il s'agit de classer les jugements en raison de la façon dont ils sont confectionnés par le juge : c'est une telle démarche qui permet, par exemple, de distinguer l'ordonnance de l'arrêt ou du jugement, au sens étroit du mot. De la même façon, le degré de la juridiction qui a statué conditionne pour partie le recours dont le jugement est susceptible.

Pendant, l'exemple qui vient d'être pris montre immédiatement que le classement des jugements au regard des voies de recours ne peut pas être mené à partir du seul examen de l'activité du juge. Contre un arrêt d'appel, le plaideur doit se pourvoir en cassation ; mais chacun sait que le pourvoi en cassation n'est pas ouvert

---

(\*) Dans cet article, je ne cherche qu'à soulever quelques questions et à suggérer quelques réflexions. C'est ce qui explique l'absence de références, dont l'utilité serait médiocre. Tous les spécialistes du droit judiciaire privé connaissent les travaux auxquels cet article fait directement ou indirectement référence. En cas de besoin, on trouvera les références dans les manuels. Par ailleurs, les idées essentielles à partir desquelles s'est construite ma réflexion sont évidemment celles que j'ai déjà exprimées dans mon manuel de droit judiciaire privé. On comprendra que je n'aie pas envie de me citer moi-même. J'opère donc une sorte de renvoi général au manuel pour tout ce qui soustend les réflexions de cet article. Les idées que j'exprime dans la seconde partie de cet article ont déjà été exposées (dans une perspective différente) dans une communication faite le 15 mars 1991 au Comité français de droit international privé sous le titre "Publicisation d'un droit et choix de la méthode de règlement". Pour cette seconde partie, on lira avec profit l'intéressant article de M. R. Martin : "La saisine d'office (essai sur sa signification)", J.C.P. 1973.IV.6316.

seulement contre les arrêts d'appel : les articles 605 et 606 du nouveau Code de procédure civile font du pourvoi en cassation la voie de recours normale contre les jugements rendus en dernier ressort, quel que soit le degré de la juridiction qui a statué, et c'est le montant de la demande qui pour l'essentiel détermine si le jugement est rendu en premier et dernier ressort ou en premier ressort seulement. Le double degré de juridiction est le principe ; par exception, lorsque la demande est modique, le législateur estime que les frais de l'instance d'appel excéderaient le montant de l'intérêt litigieux, ce qui le conduit à supprimer l'examen de l'affaire par le juge du second degré. Dans cette situation, la qualification du jugement ne fait donc que refléter les caractéristiques de la demande.

2 - En soi, l'idée que le jugement est une sorte de miroir de la demande n'a rien d'original : elle apparaît à la seule lecture des articles 4 et 5 du nouveau Code et c'est elle qu'exprime le principe dispositif. La décision du juge répond à la demande qui lui est soumise. Sans doute répond-elle aussi aux défenses opposées à la demande, mais les défenses ne sont pas autonomes par rapport à la demande, de sorte que l'examen des défenses au fond n'est rien d'autre qu'un examen plus complet de la demande (il n'en va pas de même pour les défenses procédurales, mais justement ces défenses portent sur l'application des règles de procédure). Si le jugement reflète la demande, il est raisonnable de penser qu'il reflète l'élément essentiel de la demande qu'est la prétention. Remontons encore un cran en arrière. La prétention se caractérise par la règle de droit substantiel qui permettra, si la demande est fondée, de donner satisfaction au plaideur. La typologie des jugements dépend donc, au moins pour partie, du droit substantiel invoqué dans la demande au soutien de la prétention.

L'exemple qui vient d'être indiqué montre que cette idée est déjà utilisée pour la classification des jugements : la voie de recours est déterminée par le montant de la créance dont le demandeur se prétend titulaire. Cet exemple n'est pas unique. Le jugement est gracieux lorsque le juge statue en matière gracieuse, et l'article 25 du nouveau Code définit très justement la matière gracieuse par la demande et, au-delà de la demande, par le droit substantiel qu'invoque le demandeur : un changement de régime matrimonial ou une adoption. La même chose peut encore être dite à propos des jugements déclaratoires. C'est d'abord l'action qui a un caractère déclaratoire et ce caractère provient de l'objet de la demande : alors que, dans une demande normale, le plaideur sollicite du juge qu'il ordonne que se produise l'effet juridique de la règle, dans l'action déclaratoire, il demande seulement que le juge constate la réalisation d'un ou de plusieurs éléments du présupposé de la règle substantielle.

3 - L'hypothèse sur laquelle repose cet article est que la typologie des jugements dépend pour une large part du droit substantiel invoqué dans la demande, ce qui revient à dire que l'idée que le jugement reflète la demande n'a pas été suffisamment utilisée pour la classification des jugements. L'une des questions les plus classiques en la matière est celle de la distinction des jugements déclaratif et constitutif. Il est permis de penser que la perspective adoptée dans cet article permettrait de lui apporter une réponse plus satisfaisante (I).

Dans le droit fil de cette idée, une interrogation doit venir à l'esprit. Si le jugement reflète la demande, que doit-on penser lorsque le juge peut se saisir et donc statuer d'office ? Son jugement est-il encore le miroir d'un droit substantiel et, si c'est le cas, quels traits caractéristiques présente ce droit substantiel (II) ?

## I - LES JUGEMENTS DÉCLARATIF ET CONSTITUTIF

4 - On ne soutient plus guère aujourd'hui l'idée que les jugements déclaratif et constitutif se distingueraient par ce que le jugement déclaratif se bornerait à déclarer, c'est-à-dire à reconnaître un état de droit préexistant, alors que le jugement constitutif créerait un état de droit nouveau, différent de celui qui existait auparavant. Cette opposition méconnaît d'abord qu'au même titre que le jugement constitutif, le jugement déclaratif est doté d'un effet substantiel et ensuite que le jugement constitutif présente lui aussi un caractère déclaratif. La distinction se trouve généralement réduite à la question de la date à laquelle se produisent les effets substantiels du jugement. À la différence du jugement constitutif, le jugement déclaratif produit ses effets de façon rétroactive, la rétroactivité du jugement déclaratif étant une mesure de remise en état : si les parties avaient suivi les prescriptions posées par la règle de droit, les choses devraient se présenter différemment. Le jugement déclaratif poursuit le rétablissement *a posteriori* de la situation. Par exception, le jugement constitutif serait dépourvu de la rétroactivité qui caractérise normalement le jugement contentieux.

Si elle est moins critiquable que la précédente, cette présentation de la distinction n'est pas pour autant satisfaisante. D'abord, on remarquera qu'à proprement parler, elle n'explique rien. Elle ne fait que constater la différence des deux sortes de jugement : c'est un fait que le jugement constitutif est dépourvu de la rétroactivité dont est doté le jugement déclaratif. Mais elle ne dit pas pourquoi il en va ainsi. Faut-il se résigner à n'expliquer la différence entre les deux sortes de jugements que par de pures considérations d'opportunité, telles que le *favor matrimonii* ou la sécurité des tiers ? En second lieu, chacun sait que les effets du jugement de divorce ne se produisent pas tous au même moment. C'est ainsi que l'article 262-1 du Code civil dispose qu'en ce qui concerne les biens, le jugement de divorce prend effet dans les rapports entre époux dès la date d'assignation. Pourquoi ces dates différentes ? Le jugement est-il moins constitutif dans certains de ses effets que dans d'autres ? Peut-on attacher une différence de nature à ce qui n'est manifestement qu'un choix contingent ?

5 - Arrivé à ce point, on est tenté de réduire l'opposition des jugements déclaratif et constitutif de droit à une classification somme toute mineure, puisque la distinction des deux sortes de jugement ne serait liée à aucune différence significative de nature. Intuitivement, cependant, on sent bien qu'une telle réduction n'est pas la réponse qui convient. Il y a quelque chose de vrai dans l'idée que le juge constate une nullité ou une responsabilité, alors qu'il fait le divorce pour faute ou le divorce-répudiation. Cela suggère un rapprochement avec la matière gracieuse. On peut dire de la même façon que le juge fait l'adoption ou le divorce sur requête conjointe et il est notable que le jugement gracieux est normalement constitutif.

Il faut vérifier si ce rapprochement est fondé. On sait que la particularité de la matière gracieuse tient à la structure de la règle de droit substantiel. En principe, la manifestation de volonté de la partie ou des parties à l'acte constitue la condition à la fois nécessaire et suffisante (sous réserve parfois de conditions de forme) de la création de l'effet de droit. Lorsque l'acte juridique est inclus dans la matière gracieuse, la création de l'effet juridique est subordonné par l'article 25 du nouveau Code à une condition supplémentaire, qui est le contrôle du juge. Le contrôle du juge devient un élément supplémentaire du présupposé de la règle de droit, prenant place à côté des autres éléments relatifs aux conditions de la manifestation de la volonté et à l'objet de cette volonté. De là vient que le jugement gracieux n'est pas rétroactif pour ce qui est de ses effets : l'acte ne se formant valablement qu'avec l'approbation du

juge, il est normal qu'il ne produise ses effets qu'au moment où toutes les conditions se trouvent remplies.

6 - En dehors de la matière gracieuse, la réalisation des règles de droit n'appelle pas de façon nécessaire l'intervention du juge. Il n'en va pas seulement ainsi dans l'exécution des contrats, qui est le plus souvent spontanée. La même chose peut encore être dite à propos de l'inexécution des contrats ou même des obligations délictuelles ou quasi-délictuelles. Peu importent les données statistiques. Le seul point qui compte est qu'en cas d'inexécution d'un contrat, les parties ont la possibilité de tirer en droit les conséquences de ce qui vient de se produire, de façon en tous points identique à ce que ferait le juge. De même, en cas de survenance d'un fait générateur de responsabilité délictuelle, celui que la loi désigne comme responsable du dommage (ou son assureur) peut se rapprocher de la victime et convenir avec elle d'une réparation d'un montant égal à celui qui serait retenu par le juge.

La matière du divorce présente sur ce point une originalité marquée. À supposer qu'un mari ait commis, de façon à la fois grave et renouvelée, toutes les sortes possibles de violations des devoirs et obligations du mariage, de sorte que nul ne puisse douter même un instant que la vie commune ait été rendue intolérable pour sa femme, néanmoins ce mari ne peut reconnaître ses torts et permettre à son épouse de tirer à l'amiable les conséquences juridiques que la loi attache à son comportement. Il faut nécessairement que l'épouse saisisse le juge. Mieux même (ou pire, selon le point de vue adopté), à supposer que la demande ait été formée à un moment où n'existait pas encore le divorce demandé par un époux et accepté par l'autre, et à supposer encore que le mari ait fait preuve d'une discrétion suffisante pour que son épouse ne pût établir la réalité de ses turpitudes, le juge devait rejeter la demande sans tenir compte des aveux que pouvait en faire le mari. La seule solution pour l'épouse était que le mari acceptât de renouveler l'une ou l'autre de ses actions antérieures, de telle façon que, ce coup-là, la femme pût en prouver la réalité.

En un mot, il n'existe pas de divorce en dehors du juge, quelle que soit la volonté des parties. À la différence de la grande majorité des règles substantielles qui ne donnent lieu à une procédure qu'en cas de résistance de l'une des parties aux prétentions de l'autre, le droit du divorce présente cette anomalie (le mot n'est pas trop fort) de ne pas connaître d'autre réalisation que judiciaire. Véritablement, le juge fait le divorce, c'est sa décision qui crée l'état de divorcés. Pour caractériser cette situation, l'on ne peut mieux faire que reprendre l'expression de Pierre Hébraud : le divorce fait partie du contentieux obligatoire. Chacun de ses termes mérite une brève explication.

7 - En premier lieu, chacun sait que, malgré la prohibition du divorce par consentement mutuel, il existait avant 1975 des divorces d'accord, c'est-à-dire des divorces dans lesquels le défendeur ne contestait pas les griefs allégués contre lui. Malgré l'absence de contestation, la demande restait contentieuse parce que la loi ne reconnaissait aucun effet à l'accord des parties, de sorte qu'un juge rigoureux devait rejeter la demande chaque fois qu'il pensait que les parties, leurs conseils et leurs témoins lui jouaient une comédie, ce qui aurait été impossible si le divorce avait relevé de la matière gracieuse. En d'autres termes, le conjoint désireux de rompre le lien conjugal devait former une demande contre l'autre conjoint, quelle que pût être en fait l'attitude de ce dernier. L'exclusion de la matière gracieuse tient à ce que le divorce pour faute ne se réalise pas au moyen d'un acte juridique et que, par définition, la matière gracieuse suppose qu'un acte juridique doive être soumis au

contrôle du juge. Lorsqu'il s'agit d'un fait juridique comme l'adultère, le contrôle du juge relève nécessairement de la matière contentieuse.

Si la nature de l'évènement factuel soumis au contrôle du juge permet de séparer nettement le divorce pour faute de la matière gracieuse, en revanche, le caractère obligatoire de l'intervention du juge tend à les rapprocher. En effet, s'il n'y a pas de divorce sans jugement, il faut en déduire, de façon nécessaire, que l'intervention du juge entre le présupposé de la règle dont l'effet juridique est la rupture du lien conjugal. C'est la condition *sine qua non* pour qu'il ne puisse pas exister de divorce extrajudiciaire. De là vient que la règle est une anomalie, puisqu'elle mêle dans son présupposé des éléments substantiels à des éléments procéduraux ; de là vient aussi que le jugement qui met en œuvre cette règle se distingue des autres jugements.

Le jugement ordinaire, celui que l'on qualifie de déclaratif, est en principe doté d'un effet rétroactif, parce que le juge peut dire, par exemple, au débiteur d'une somme d'argent : "vous auriez dû payer, sans que j'aie besoin de vous condamner". Il n'en va pas de même pour le jugement de divorce (et c'est ce qui lui vaut la qualification de constitutif) ; le juge peut certainement dire au mari coupable qu'il n'aurait pas dû commettre l'adultère, mais il ne saurait ajouter qu'il aurait dû en tirer les conséquences. Seul le juge a le pouvoir de le faire. Dès lors, il est normal (bien que non nécessaire) que l'effet du jugement se réalise sans rétroactivité au moment où, comme en matière gracieuse, se produit, avec la décision du juge, le dernier élément du présupposé.

8 - Quelles conséquences peut-on tirer de l'analyse qui vient d'être menée pour le régime des jugements constitutifs ? Deux d'entre elles peuvent être indiquées ici. La première est de nature procédurale. L'intervention du juge, qu'implique le présupposé de la règle, ne peut être que celle d'un juge ordinaire, c'est-à-dire d'un juge du principal, par opposition au juge des référés. La loi n'entend pas que l'on divorce par provision.

La seconde conséquence se rapporte à l'application de la loi dans le temps. Il résulte des articles 23 et 24 de la loi n° 75-617 du 11 juillet 1975 que c'est la date de la présentation de la requête en divorce qui détermine l'application des dispositions de la loi nouvelle. Au premier abord, cette solution peut surprendre : est-il normal qu'un divorce puisse être prononcé en application des textes nouveaux pour des faits qui se sont produits avant le 1er janvier 1976 ? De fait, à certains égards, on ne peut nier que l'application de la loi nouvelle soit entachée de rétroactivité. De façon plus précise, on dira que, si les règles qui régissent le divorce étaient des règles de droit substantiel ordinaires, les dispositions des articles 23 et 24 de la loi de 1975 en organiseraient l'application rétroactive : dans une règle substantielle ordinaire, ne se trouvent visés que des faits extérieurs et antérieurs au procès. Par conséquent, c'est par rapport au moment où ces faits se produisent que s'ordonne normalement l'application de la loi nouvelle ; à l'inverse, le moment auquel se déroule le procès est indifférent.

Cependant, le caractère hétérogène du présupposé de la règle qui conduit au jugement constitutif complique la mise en œuvre des mécanismes régissant l'application de la loi dans le temps. À côté des faits relevant du droit substantiel, se trouve également visée l'intervention du juge. La question est de savoir s'il faut ou non prendre en compte cet élément pour l'application de la loi nouvelle. Une comparaison vient à l'esprit : en droit pénal, aussi, la règle comprend des éléments de droit substantiel (les éléments constitutifs de l'infraction), auxquels s'ajoute l'intervention nécessaire du juge pour que se déclenche l'effet juridique de la règle d'incrimination : le délinquant pris de remords peut certes se livrer aux autorités

publiques, mais il ne peut s'infliger à lui-même la peine qu'il estime mériter. Or, en matière pénale, pour l'application de la loi dans le temps, on fait très justement abstraction de l'élément procédural du présumé de la règle, pour ne prendre en compte que les faits constitutifs de l'infraction.

9 - Ne doit-on pas en faire de même en matière de divorce, ce qui revient à "oublier" la particularité du présumé de la règle ? Répétons-le : est-il normal de prononcer le divorce pour un adultère commis à une date où il n'entraînait pas un tel effet, ou de permettre la répudiation à la suite d'une séparation antérieure à la publication de la loi nouvelle ? *A priori* on devrait s'attacher au moment où ces faits se sont produits et, en effet, cette solution ne soulève aucune difficulté aussi longtemps que la loi nouvelle ne modifie que les causes de divorce. Rien n'interdit, pour juger les griefs réciproques que s'adressent deux époux, de les apprécier au regard de dispositions différentes, parce que les faits allégués se sont produits à des moments différents. Il est logique de traiter de façon différente deux adultères, dans un même mariage, s'ils se sont produits à des moments où la loi qui leur était normalement applicable leur attachait des conséquences différentes.

En revanche, l'application de deux lois différentes à un divorce devient très difficile, voire impossible, lorsque la loi nouvelle modifie les effets attachés par la loi ancienne à la rupture du lien conjugal. L'application concomitante de la loi ancienne et de la loi nouvelle obligerait en réalité le juge à prononcer deux divorces, avec toutes les incohérences qui pourraient en résulter. Il faut donc une seule loi. Laquelle choisir ? Puisqu'il n'existe aucune raison de choisir la loi normalement applicable au moment de l'adultère de la femme plutôt que la loi normalement applicable au moment de l'adultère du mari, il faut renoncer à déterminer la loi applicable à partir des faits (dispersés tout au long du mariage) qui constituent des causes de divorce. Dès lors, il ne reste plus que deux solutions possibles. La première consiste à appliquer la loi en vigueur au jour de la célébration du mariage. Ce choix présente l'avantage de supprimer tout risque de rétroactivité. En revanche, il conduit à généraliser la survie de la loi ancienne, avec l'inconvénient que les couples français pourraient être soumis à cinq ou six lois différentes, en fonction de la date de leurs mariages. Si l'on estime qu'il est nécessaire que tous les couples soient soumis à la même loi, la seule solution est celle que retient le législateur, consistant à prendre en compte l'intervention du juge, et le plus simple est alors de s'attacher au moment où s'opère la saisine du juge. Le droit transitoire se trouve comme figé à ce moment-là. À défaut d'être la plus juste ou même la plus rationnelle, cette solution a pour elle le mérite d'être la plus expédiente.

10 - Une dernière observation peut être apportée sur le sujet du contentieux obligatoire. On vient de voir que ce contentieux trouve sa source dans l'impossibilité pour les intéressés de tirer eux-mêmes les conséquences de leur comportement passé. Il existe donc une corrélation entre les limites apportées à la liberté des parties de faire un acte juridique et l'intervention du juge ; selon l'importance de la restriction, son intervention sera gracieuse ou contentieuse. Si la loi prévoit que la restriction peut être levée par le juge, on est dans la matière gracieuse. En revanche, si la loi ne prévoit pas que la restriction puisse être levée par le juge, il faudra former une demande contentieuse. Un exemple permet de s'en convaincre. Un père naturel peut reconnaître son enfant, en dehors de toute intervention du juge. Mais, si le père naturel décède avant d'avoir reconnu l'enfant, que faut-il faire ? La loi ne désigne pas un autre titulaire du droit de reconnaître, dont l'acte serait éventuellement soumis au contrôle du juge. Aucune reconnaissance n'étant plus possible, la seule ressource qui s'offre à la mère consiste à assigner les héritiers, dans une instance contentieuse,

alors même que ces héritiers ne discutent pas la paternité de celui qui est décédé et qu'ils souhaitent l'établissement de la filiation (cf. trib. gr. inst. Paris, 9 janvier 1978, D. 1978, 465).

## II - LE JUGEMENT RENDU PAR LE JUGE QUI S'EST SAISI D'OFFICE

11 - C'est une autre question classique que de savoir, lorsque le tribunal de commerce ouvre d'office une procédure collective, ou lorsque le juge des tutelles ouvre d'office la tutelle d'un mineur sous administration légale, si le jugement relève de la matière contentieuse ou de la matière gracieuse. À notre sens, avant de chercher à répondre à cette question, il faut d'abord se demander si la question est bien posée. Cette question signifie-t-elle que le jugement rendu constitue soit un jugement contentieux ordinaire, soit un jugement gracieux ordinaire ? Si tel est le cas, alors la question est mal posée, parce que le droit mis en jeu dans ces deux exemples n'est pas de même sorte que ceux sur lesquels le juge judiciaire est ordinairement appelé à se prononcer dans les jugements qu'il rend, que ce soit en matière contentieuse ou gracieuse.

L'idée que ces jugements ne relèvent pas de la matière contentieuse au sens ordinaire du mot s'impose assez facilement à l'esprit. Lorsque le juge des tutelles ouvre une tutelle d'office, il n'est pas saisi d'une prétention qui lui serait soumise par un demandeur contre un défendeur. Dans le cas de la procédure collective prononcée d'office, on pourrait certes dire que la faillite est ouverte contre le débiteur et que cela correspond à un cas de contentieux obligatoire, en ce sens que le débiteur en faillite ne pourrait pas tirer lui-même toutes les conséquences de sa situation financière. Il est vrai qu'il existe une certaine ressemblance entre l'ouverture de la faillite et le schéma du contentieux obligatoire. Le redressement judiciaire de l'entreprise suppose de façon nécessaire un jugement ouvrant la procédure. Mais la ressemblance est limitée. Le contentieux obligatoire se rencontre lorsqu'un demandeur ne peut pas obtenir d'un défendeur l'effet de la règle juridique, sans l'intervention du juge. Dans la faillite, il manque soit le demandeur (lorsque le juge se prononce d'office), soit le défendeur (lorsque le débiteur prend l'initiative de la procédure). Au demeurant, la situation procédurale qu'est susceptible d'occuper le débiteur selon qu'il prend ou qu'il ne prend pas l'initiative de la procédure pose une question plus fondamentale : comment se fait-il qu'une même personne puisse ainsi changer de position procédurale sans que le fond de l'affaire soit modifié ? L'ouverture de la procédure produira les mêmes effets, quelle que soit la personne qui en a pris l'initiative. C'est là une situation qui, à notre connaissance au moins, est sans équivalent en matière contentieuse ordinaire.

12 - Puisque ces situations ne relèvent pas de la matière contentieuse, faut-il en déduire qu'elles relèvent de la matière gracieuse ? Il n'en est rien. Du fait que l'on ne trouve pas un demandeur face à un défendeur, on peut seulement conclure que l'intervention du juge ne relève pas de la matière contentieuse. Cependant la matière gracieuse ne regroupe pas tout ce qui échappe à la matière contentieuse, elle se définit de façon positive par des traits spécifiques que définit l'article 25 du nouveau Code. Le domaine de la matière gracieuse est limité aux actes juridiques dont le législateur impose qu'ils soient soumis au contrôle du juge pour produire leur effet. *A contrario*, tous les actes du juge qui ne répondent pas à la définition de l'article 25 du nouveau Code ne relèvent pas de la matière gracieuse. Tel est le cas ici : lorsque le juge ouvre une tutelle d'office, quel est l'acte juridique, quelle est la manifestation de volonté dont la loi subordonne la force obligatoire à un contrôle judiciaire ?

On dira peut-être que le dépôt de bilan est un acte juridique sur lequel le juge va statuer par la suite. Pour autant on ne saurait inclure les procédures collectives dans la matière gracieuse. En effet, en déposant son bilan, le débiteur ne fait que satisfaire à une obligation pesant sur lui et dont l'inexécution est sanctionnée par la faillite personnelle. À l'opposé, les époux ne sont pas tenus de divorcer par requête conjointe, ni de changer de régime matrimonial. Ce n'est que s'ils entendent changer leur régime matrimonial qu'ils doivent saisir le juge.

13 - Si ces affaires ne relèvent ni de la matière contentieuse, ni de la matière gracieuse, où doit-on les classer ? La seule solution consister à remonter de cette classification à une classification antérieure. Devant le juge judiciaire, les demandes contentieuses et gracieuses mettent le plus souvent en jeu des règles de droit privé. Mais chacun sait à quel point les limites de compétence du premier et du second ordres de juridiction peuvent être contingentes et que l'on ne saurait poser une relation de stricte égalité entre le droit public et les matières qui relèvent du juge administratif. S'il est impossible de ranger nos deux exemples dans la matière contentieuse ou dans la matière gracieuse de droit privé, il faut s'interroger sur leur appartenance au droit public.

Certes l'impossibilité d'inclure ces matières dans les catégories traditionnelles du droit privé ne suffit pas à justifier leur rattachement au droit public. Il faut rechercher les traits caractéristiques qui permettent de façon positive d'y procéder. Le premier tient à la saisine d'office, dont M. R. Martin a justement remarqué qu'elle est étrangère à la fonction juridictionnelle du juge judiciaire. La raison en est que la saisine d'office ne s'accorde pas avec la notion de droit privé, dont le titulaire est un particulier ; il est aberrant dans une telle hypothèse que le juge se saisisse de lui-même d'une affaire et force le particulier à prendre ce dont celui-ci ne veut pas. À l'opposé, si le juge exerce une prérogative de l'État, dont il est un organe (certes particulier), si donc il fait valoir un droit public, il est normal qu'il puisse agir d'office : il est celui que la règle de droit désigne comme titulaire.

La seconde raison tient de plus près encore à la nature de la règle de droit public. Les règles de droit privé constituent un ensemble de règles qui permettent de répondre *a priori* à toute question de droit parce que toute personne est susceptible d'en être le destinataire : il faut et il suffit qu'elle remplisse les conditions posées par le présupposé, par exemple qu'elle soit propriétaire ou locataire d'un bien. C'est ce qui explique que la règle de droit privé puisse être indifféremment utilisée par une personne privée ou par une personne publique : l'État, un département ou une région peuvent *a priori* conclure un contrat de droit privé. À l'opposé, le droit public est constitué par l'ensemble des règles, dérogoires du droit privé, dont une personne publique est spécifiquement destinataire, ou, comme on dit encore, est destinataire *jure imperii*.

14 - Appliquons ces idées aux deux matières prises en exemple. En principe, la loi assure la protection des mineurs par des règles de droit privé en les confiant à ceux qui remplissent la condition d'en être les parents légaux. Mais la confiance accordée aux parents n'est pas absolue. L'État se réserve la possibilité de reprendre le pouvoir accordé aux parents qui n'en s'en montrent pas dignes ou de combler le vide que crée leur disparition ; il prévoit que, le cas échéant, il assumera lui-même la protection du mineur. La règle appartient au droit public, puisqu'elle désigne l'État en tant que tel et non en raison de conditions abstraites que toute personne serait *a priori* susceptible de remplir. La particularité de la situation (qui occulte l'appartenance de la règle au droit public) tient à ce que l'État a choisi comme organe le juge judiciaire. L'État a estimé que la protection des mineurs était une matière trop sensible pour la

confier à une administration ordinaire, ou même au juge administratif. Mais rien ne l'interdirait, et il en existe des exemple à l'étranger.

Les procédures collectives relèvent du droit public en ce que d'abord elles constituent les voies d'exécution du droit commercial. Comme le dit la formule exécutoire, l'État vient prêter main forte aux créanciers. La même chose peut être dite des règles qui intéressent la sauvegarde de l'entreprise ou le maintien des emplois. L'État prend en main l'entreprise en difficulté par l'intermédiaire du tribunal et de ceux qui l'assistent ; il s'est reconnu le pouvoir de modifier les droits des créanciers, selon ce qu'il estime opportun pour la sauvegarde de l'entreprise ; il peut exproprier le débiteur de tout ou de partie de son entreprise. C'est l'État qui choisit parmi les candidats à la reprise, qui accepte ou refuse le plan de continuation et pose les conditions auxquelles il le subordonne. Par l'organe de son tribunal, l'État est le sujet de toutes ces règles de droit. Pour surmonter la surprise que peut susciter une telle présentation du droit des faillites, il suffit de laisser de côté cette circonstance particulière que l'État agit par l'entremise d'un tribunal. On saisit mieux alors les liens qui unissent les procédures collectives aux expropriations et aux nationalisations, puis aux concessions et aux privatisations, dont l'appartenance au droit public n'est pas discutée.

15 - Toute la spécificité de l'activité du juge en matière de protection des mineurs et de procédures collectives tient donc à ce qu'il agit à un double titre. D'une part, il exerce le droit dont l'État est titulaire. À ce titre, il est un administrateur, comme peut l'être le préfet ou le directeur départemental de l'équipement. Mais, d'autre part, il ne cesse pas d'être juge. C'est même parce qu'il est juge que la loi lui confie la mission de gérer la matière de l'enfance en danger et celle des entreprises en difficulté. Sur ce point, un rapprochement s'impose avec la matière gracieuse. De ce que l'activité gracieuse du juge présente un caractère exceptionnel par rapport à son activité contentieuse, il ne résulte pas que le jugement gracieux n'est pas spécifique de l'activité du juge. Tout au contraire, si la loi confie au juge la mission d'examiner et d'approuver certains actes juridiques sensibles, c'est pour qu'il agisse en juge. À défaut son intervention n'aurait pas de sens. Il en va de même ici.

Pour comprendre l'activité du juge en matière de protection des mineurs ou de procédures collectives, il faut sans cesse garder présentes à l'esprit ces deux missions que le juge assume en même temps de façon consubstantielle. Concrètement, il nous semble qu'il faut adopter la démarche suivante : le juge étant d'abord choisi par l'État en tant qu'il est juge, il reste soumis en principe aux règles qui régissent son activité ordinaire ; par exception, il faut écarter ou aménager ces règles chaque fois qu'elles sont incompatibles avec l'autre titre auquel agit le juge.

La première modification est celle qui manifeste l'appartenance de ces règles au droit public, à savoir la possibilité de se saisir d'office. En deuxième lieu, la saisine d'office implique aussi la mise à l'écart de l'article 7 du nouveau Code qui confère aux parties le monopole de l'allégation des faits. Dans les procès de droit privé, ce monopole est accordé aux parties parce qu'au sens propre, les faits sont l'affaire des parties. Il n'en va pas ainsi lorsque la règle fait partie du droit public : peut-on imaginer que l'État soit privé de la possibilité d'alléguer les faits relatifs aux droits dont il est titulaire ? De même, il faut sans doute écarter la notion d'*infra petita* ou d'*ultra petita* lorsque ce sont les prérogatives de l'État qui sont en jeu. En revanche, il est moins facile de dire si les règles relatives au dessaisissement du juge et à l'autorité de la chose jugée doivent être écartées ou seulement aménagées. L'exercice des voies de recours donne aussi lieu à de nombreuses hésitations et il n'est pas étonnant que, dans la loi de 1985, les difficultés inhérentes à la matière,

jointes à la volonté d'originalité à tout prix du législateur, aient porté la matière à des sommets jusqu'alors inconnus de complexité.

16 - Il serait présomptueux, dans un article de taille limitée, de vouloir apporter des réponses définitives à toutes ces interrogations. Son objet n'était que de montrer que la typologie des jugements dépend pour une large part des droits substantiels que le jugement réalise, selon l'expression de Henri Motulsky. On se contentera d'apporter pour finir deux précisions sur la question du juge judiciaire agissant dans le domaine du droit public. En premier lieu, les procédures collectives laissent subsister, au profit des créanciers, des prérogatives à l'encontre du débiteur. Dans la limite de ce qui leur est accordé, les créanciers peuvent agir contre le débiteur selon les règles du droit privé. Leurs actions subissent quelques aménagements procéduraux, mais pour l'essentiel elles conduisent à des jugements contentieux ordinaires. Ainsi en va-t-il par exemple du jugement d'admission des créances.

La seconde précision est que, si la saisine d'office manifeste l'existence d'une règle de droit public, l'inverse n'est pas vrai : il existe d'autres hypothèses dans lesquelles le législateur confie au juge judiciaire le soin de trancher des difficultés nées de l'application de règles de droit public. L'état civil est une administration de l'État (même si l'État en charge la commune). Lorsqu'un officier de l'état civil refuse de recevoir l'un des prénoms choisis par les parents, la décision qu'il rend est de même nature que celle que rend un fonctionnaire qui refuse de délivrer une carte grise ou de communiquer un document. La requête soumise au tribunal de grande instance ne relève donc pas de la matière gracieuse, comme l'a jugé à tort la Cour de cassation (Civ. 1ère, 1er octobre 1986, Bull. civ. I, n° 232, p. 22) : il existe un litige tenant au refus de l'administration de l'état civil d'accepter le prénom, et le particulier entend obtenir du juge la condamnation de l'administration représentée par le ministère public.

Pourquoi donc la Cour de cassation a-t-elle raisonné en termes de juridiction gracieuse ? Deux raisons peuvent être avancées. La première tient à l'acte introductif d'instance. Comme en matière gracieuse, la demande est contenue dans une requête, ce qui ne fait pas ressortir que la demande est dirigée contre quelqu'un. La seconde raison est que le juge judiciaire applique presque toujours des règles de droit privé, et presque toujours de façon contentieuse, de sorte qu'il a tendance à classer tout ce qui ne relève pas du contentieux de droit privé dans la matière gracieuse de droit privé. Cet exemple montre une fois encore les risques d'une telle démarche. La morale à en tirer est qu'il faut sortir de la procédure et remonter jusqu'aux droits mis en jeu pour trouver une typologie adéquate des jugements rendus par le juge judiciaire.

# ANALYSE MACROJURIDIQUE DES MODES DE RÉALISATION DU DROIT

Par

Jean-Louis BERGEL  
*Professeur à l'Université d'Aix-Marseille III*

## SOMMAIRE

### INTRODUCTION

#### I - EFFECTIVITÉ ET INEFFECTIVITÉ DU DROIT POSITIF

- A - Pénétration du droit positif dans le milieu social**
  - Le surendettement des particuliers et des familles
  - L'aide judiciaire et les commissions d'office
- B - Le choix des procédures judiciaires par les justiciables**
  - L'injonction de payer
  - L'injonction de faire
  - La contestation des sanctions disciplinaires prononcées par l'employeur
- C - Application par les tribunaux des mesures législatives**
  - La mise à l'épreuve
  - Le travail d'intérêt général
  - Le contrôle judiciaire
  - La sauvegarde des entreprises en difficulté
- D - L'exécution des décisions de justice**
  - Les peines correctionnelles

#### II - TRAITEMENT JUDICIAIRE DES PHÉNOMÈNES SOCIAUX

- A - Dissociation de la famille et situation de l'enfant**
  - Les enfants de divorcés
  - Les enquêtes sociales
- B - Le traitement des difficultés économiques**
  - Difficultés liées au surendettement des particuliers
  - Difficultés des entreprises
- C - Pathologie des relations de travail**
  - Le contentieux des relations de travail
  - La répression du travail clandestin
- D - Le traitement de la délinquance**
  - Population des prisons
  - Condamnations pénales

La réalisation du Droit ou des droits est généralement conçue comme son application à des situations particulières. Les méthodes de réalisation du droit correspondent alors aux principes et aux procédés mis en œuvre pour appliquer des règles et mécanismes abstraits à des situations concrètes spécifiques. Cette analyse microjuridique, centrée sur l'étude de la réalisation ponctuelle du droit, ne saurait suffire à la connaissance de la réalité du système juridique. La réalisation du droit doit aussi s'apprécier par rapport aux modes de réception du droit dans la société et de traitement judiciaire des phénomènes sociaux. Cette analyse du phénomène global de l'application du droit doit s'appuyer sur l'étude quantitative et qualitative de la mise en œuvre d'institutions déterminées, un peu comme la macroéconomie étudie l'économie sous l'angle le plus global, et non dans la perspective de l'application du droit à des cas individuels. Elle n'exclut pas cependant les facteurs ponctuels, locaux et sectoriels qui fournissent des explications plus nuancées et réalistes des phénomènes concrets de réalisation du droit.

Elle se fonde sur une observation qualitative des phénomènes et des comportements sociaux, économiques et humains devant les mécanismes de droit positif et se mesure à des données statistiques générales et plus affinées, selon les catégories socio-professionnelles, les divers types de mesures, les différentes juridictions, la nature des sujets de droit, l'importance des entreprises... Elle emprunte une méthode expérimentale qui permet un diagnostic et un traitement, même si elle est une observation plus passive de la réalité que l'expérimentation proprement dite.

Cette investigation "clinique" des faits permet des hypothèses qu'il faut vérifier et conduit, au-delà du simple constat, à un jugement de valeur.

Elle sera nourrie ici par des données particulièrement riches tirées d'études remarquables réalisées par la Division de la Statistique, des Études et de la Documentation du Ministère de la Justice et publiées dans le Bulletin "Infostat Justice", dont la direction et la rédaction nous ont aimablement permis de faire un usage très complet. Certains numéros et certains extraits de ce bulletin sont d'ailleurs reproduits dans la partie "Documents" de cet ouvrage.

Cet article lui-même n'est qu'une explication particulière de divers numéros d'Infostat Justice destinée à mettre en lumière l'analyse macrojuridique des modes de réalisation du droit. Celle-ci permet de tester, dans des domaines spécifiques mais significatifs, *l'effectivité et l'ineffectivité du droit positif (I) et le traitement judiciaire des phénomènes sociaux (II)*.

## I - EFFECTIVITÉ ET INEFFECTIVITÉ DU DROIT POSITIF

Le degré d'application réelle de la règle de droit permet d'en apprécier la réalité dans l'ordre social.

Son ineffectivité, autrement dit son inapplication concrète, traduit son échec : elle démontre que sa vocation à se réaliser dans la société ne s'est pas accomplie et que la loi reste lettre morte.

Il ne s'agit pas ici de vérifier l'efficacité de la loi, c'est-à-dire le fait qu'elle produit les effets particuliers recherchés par ses auteurs, mais seulement d'apprécier comment le droit se transpose dans les faits ou, plus exactement, comment il est reçu par le milieu social (A), mis en œuvre par les justiciables (B), appliqué par les tribunaux (C) et imposé par l'exécution des décisions de justice (D).

Ce ne sont là que des indicateurs, parmi d'autres, de l'effectivité ou de l'ineffectivité du droit positif. Mais il semble qu'ils en soient plus particulièrement significatifs, même s'ils ne sont dégagés que de quelques problèmes particuliers.

## A - Pénétration du droit positif dans le milieu social

Une étude de dix mois d'application de la loi n° 8-1010 du 31 décembre 1989 relative au *surendettement des particuliers et des familles* (Infostat Justice n° 21, avril 1991) montre bien l'impact immédiat des mesures de prévention et de règlement prévues en cette matière. "La loi a aménagé deux procédures parallèles pour les traitements des demandes des personnes qui s'estiment placées dans une situation de surendettement. Le débiteur a ainsi le choix entre une procédure amiable, qui se déroule devant une "Commission départementale d'examen des situations de surendettement des particuliers" (article 1 al. 2 de la loi), et une procédure de "redressement judiciaire civil" devant le tribunal d'instance (article 1 al. 5 de la loi), procédure qui peut également être initiée d'office par le juge d'instance ou à la demande d'un autre juge (article 10 al. 3 de la loi). Mais l'exercice de ce choix est demeuré théorique. En pratique, les intéressés saisissent les commissions préalablement au juge, et ne forment de demande judiciaire qu'après échec de la procédure amiable" (ibidem).

"En 1990, 90.115 personnes ont saisi les commissions départementales de surendettement et seulement 2.044 débiteurs directement le juge d'une demande d'ouverture de redressement.

Les juges ont reçu près de 22.000 demandes relevant des différences procédures créées par la loi. 53 % de ces procédures sont des demandes d'ouverture de redressement, 27,8 % des recours contre les décisions sur la recevabilité des commissions et 19,2 % des demandes de suspension des voies d'exécution.

En 1990, ces procédures nouvelles ont représenté un accroissement d'activité de 4,2 % pour les tribunaux d'instance, mais on observe de fortes disparités d'un département à l'autre" (ibidem).

Le traitement du surendettement des particuliers dont l'effectivité immédiate fut assez spectaculaire semble s'être assez vite essoufflé, même s'il conserve une réelle importance de principe et représente un grand nombre d'affaires et des procédures très lourdes. Il semble que les solutions pratiquées ne soient pas exactement celles qu'escomptaient les auteurs de la loi du 31 décembre 1989.

L'importance pratique de *l'aide judiciaire et des commissions d'office* se mesure à leur fréquence et à leur coût. Elle s'apprécie aussi en fonction des facultés de leurs bénéficiaires et de la nature des procédures concernées (Infostat Justice n° 4, juin 1989 et n° 22, mai 1991).

"En 1988, 2,6 % du budget de la Justice ont été consacrés à l'aide judiciaire et aux commissions d'office. Près de 400 millions de francs ont été dépensés à ce titre en 1988, 256.000 admissions définitives à l'aide judiciaire ont été prononcées et 114.000 missions ont été indemnisées au titre des commissions d'office (Infostat Justice n° 4).

"Après une période de développement important de l'aide judiciaire dans les années 1980, l'activité des bureaux d'aide judiciaire tend à se stabiliser depuis 1986, autour de 250.000 admissions définitives par an" (Ibidem).

"En 1990, 341.500 missions ont été effectuées au titre de l'aide légale, correspondant à une dépense de 414 millions de francs. 34 % des bénéficiaires de l'aide judiciaire et 81 % de ceux assistés d'un avocat commis d'office sont sans ressource. Le revenu moyen des personnes disposant de ressources s'élève à 3.174 F pour les premiers et à 3.024 F pour les seconds.

Près de deux admissions sur trois à l'aide judiciaire concernent le contentieux de la famille. Dans une procédure de divorce sur deux, l'un au moins des époux bénéficie de l'aide judiciaire.

Parmi les prévenus jugés contradictoirement par le tribunal correctionnel, un sur cinq est assisté d'un avocat commis d'office" (Infostat Justice, n° 22).

La part prise par les mécanismes d'aide légale dans l'effectivité des droits d'accès à la justice est ainsi manifestement essentielle mais très variable selon la nature du contentieux considéré.

## B - Le choix des procédures judiciaires par les justiciables

Réactions des justiciables devant les difficultés de la Justice, tentations de procédures rapides et peu onéreuses ou dissuasions des professions judiciaires et poids des habitudes, commandent l'usage que l'on fait des diverses procédures. Cela explique leurs succès et leurs échecs, parfois en dépit de leurs mérites réels. Ainsi, "le contentieux de l'impayé transite massivement par l'injonction de payer".

"En 1988, les tribunaux de grande instance et d'instance ont été saisis de plus d'un million de demandes en paiement. Plus des trois quarts sont formées dans le cadre de la procédure simplifiée de l'injonction de payer.

97 % du contentieux de l'impayé est traité dans un délai très bref par le tribunal d'instance : moins de deux mois pour les procédures d'injonction de payer et de référé, trois mois et demi pour les procédures au fond. Quand les demandes sont introduites au fond, plus de 60 % des débiteurs n'exercent aucune défense" (Infostat Justice, n° 13, mai 1990).

Au contraire, l'injonction de faire instaurée par le Décret n. 88-209 du 4 mars 1988 (N.C.P.C., art. 1425-1 et s.) est peu pratiquée. Elle a représenté 4.665 requêtes en 1989 et 5.409 en 1990. "Près d'un tiers des requêtes sont rejetées. Mais une fois la demande jugée bien fondée et l'injonction ordonnée, l'ordonnance du juge est exécutée dans 54 % des cas" (Infostat Justice, n° 28, février-mars 1992).

En matière de contestation de sanctions disciplinaires prononcées par l'employeur, "l'article L. 122-43 du Code du travail confie désormais aux conseils de prud'hommes des pouvoirs étendus pour apprécier la régularité de la procédure disciplinaire désormais obligatoire, la matérialité des faits reprochés, leur caractère fautif, le caractère injustifié ou disproportionné de la sanction".

"Les contestations de sanctions disciplinaires portées devant les conseils de prud'hommes sont rares : 1.441 demandes introduites au fond en 1988 et 1.237 en 1987. On les retrouve plus souvent que les autres affaires prud'homales devant la section industrie. Les fautes à l'origine des sanctions contestées sont rarement des atteintes directes à la discipline, mais concernent souvent l'exécution du travail ; quant aux sanctions contestées, ce sont aussi souvent des avertissements que des mises à pied disciplinaires" (Infostat Justice, n° 9, janvier 1990).

## C - Application par les tribunaux des mesures législatives

En matière pénale, "la mise à l'épreuve" s'est considérablement développée depuis l'entrée en vigueur de la loi n° 70-743 du 17 juillet 1970. "Le nombre des probationnaires a été multiplié par sept en vingt ans..."

"La mise à l'épreuve a assorti 11 % des peines d'emprisonnement prononcées en 1987 ; le sursis est total pour 66 % de ces mises à l'épreuve. Cette dernière proportion est de 79 % pour les femmes..."

La population soumise à une peine de mise à l'épreuve est, au 1er janvier 1988, âgée de moins de 25 ans pour 37 % et masculine à 91 %. Un condamné sur deux est un condamné primaire. Dans 15 % des cas, cette peine est appliquée à des personnes ayant déjà été condamnées à une peine de même nature.

Les principaux délits ayant motivé la condamnation à une peine assortie d'un sursis probatoire sont le vol ou le recel (37 %), suivi des abandons de famille (16 %) et les escroqueries, abus de confiance, chèques sans provision (12 %).

En 1987, 6 % des probationnaires ont été interrompues par révocation et 0,6 % par réhabilitation anticipée. Les trois-quarts des révocations étaient consécutives à l'inobservation par le condamné des mesures de surveillance ou des obligations imposées, les autres à une nouvelle condamnation du probationnaire" (Infostat Justice, n° 20, mai 1991).

En revanche, "*le travail d'intérêt général*", peine créée en 1983 (C. pénal, art. 43-3-1 ; C.P.P., art. 747-1 et D. 49-1) reste "très marginale", dans la pratique.

"Le travail d'intérêt général est prononcé à l'encontre de moins de 2 % des condamnés correctionnels alors que la mise à l'épreuve s'applique à 6 % des condamnés. La fréquence du prononcé d'une peine de travail d'intérêt général dépend de la nature de l'infraction sanctionnée : pour 100 vols, 4 peines de travail d'intérêt général sont prononcées, pour 100 infractions à la législation sur les stupéfiants, 1,3 peine de travail d'intérêt général est prononcée" (Ibidem).

De même, "*le contrôle judiciaire*" institué par la loi du 17 juillet 1970 (C.P.P., art. 138 et s.), et destiné à réduire le nombre des détentions lorsque la liberté pure et simple de l'inculpé est écartée, est assez peu utilisé par rapport à la détention provisoire.

"Concernant 42 % des inculpés, le placement en détention provisoire est décidé la plupart du temps dès la saisine du juge et il est maintenu jusqu'à la clôture de l'instruction dans les deux tiers des cas.

Le recours au contrôle judiciaire ne concerne que 27 % des inculpés. Intervenant plus souvent en cours d'instruction, il accompagne deux fois sur trois la mise en liberté" (Infostat Justice, n° 26, décembre 1991).

Les études réalisées par le Ministère de la Justice (Division de la Statistique, des Études et de la Documentation) montrent que la *sauvegarde des entreprises en difficulté* est le plus souvent impossible.

"En 1989, dans l'immense majorité des cas, la procédure de redressement judiciaire n'a pas permis de sauvegarder les entreprises défaillantes, 93,5 % d'entre elles ayant fait l'objet d'une liquidation judiciaire. De plus, 50 % des liquidations judiciaires sont prononcées le jour même du redressement judiciaire au simple constat, rapide, qu'il n'existe aucune raison de rechercher une solution de redressement.

Ce sont les entreprises les plus importantes qui bénéficient le plus fréquemment d'un plan et très majoritairement d'un plan de cession" (Infostat Justice, n° 19, janvier 1991).

Le rôle dévolu au juge quant au choix des mesures est donc essentiel mais celui-ci n'est le plus souvent pas libre de ce choix car les circonstances lui dictent sa décision.

Néanmoins, comme le montre le droit des procédures collectives ou celui des incapables, le législateur lui reconnaît aisément maintenant un pouvoir de modulation de ses décisions en fonction des particularités des situations qui lui sont soumises. L'exercice de ce pouvoir n'est pas aisé, pour autant.

"En 1990, 35.000 personnes ont été placées sous tutelle ou curatelle. Le juge prononce deux fois plus de tutelles que de curatelles. Lorsqu'il module la mesure, il recourt davantage à la curatelle aggravée qu'à la tutelle allégée. L'importance du recours aux gérants professionnels révèle les difficultés rencontrées par le juge à confier la mesure à l'entourage immédiat de la personne" (Infostat Justice, n° 24, septembre 1991).

En effet, "en fonction de la situation personnelle et patrimoniale du majeur à protéger, le juge peut décider de le placer sous un régime aux conséquences plus ou moins lourdes, qui va de la tutelle à la curatelle alléguée. Parmi les 35.000 mesures prononcées, les deux tiers sont des tutelles, et principalement des tutelles pures et simples, la part des tutelles alléguées étant minime. Lorsqu'il prononce une curatelle, celle-ci est aggravée 8 fois sur 10". (Ibidem).

## D - L'exécution des décisions de justice

Il est classique de dénoncer des condamnations platoniques dont l'exécution se heurte à l'insolvabilité des débiteurs ou au refus par l'Administration de la force publique nécessaire à la mise en œuvre des décisions de justice ou se trouve neutralisée par d'obscures tractations.

On évoque alors le contentieux des incidents de paiement, de l'expulsion ou des règles d'urbanisme... Mais on ignore généralement la fréquence de l'*inexécution des peines correctionnelles* (Infostat Justice, n° 16, septembre 1990).

"Pour la première fois, une enquête statistique nationale, réalisée en 1990, permet de donner une photographie de l'exécution des peines correctionnelles un an après le prononcé de la condamnation. La mise à exécution effective peut impliquer l'intervention d'autres administrations (Police, Gendarmerie, Trésor public,...). L'enquête ne permet pas de distinguer les motifs d'inexécution des peines. Il est clair que les peines non mises à exécution un an après la condamnation peuvent l'être ultérieurement" (Ibidem).

"Lorsque la condamnation comporte une peine d'emprisonnement ferme assortie d'une autre peine, la situation de l'exécution varie suivant la nature de cette peine :

- s'il s'agit d'un sursis partiel assorti de mise à l'épreuve, l'érou est effectif dans 76 % des cas ; en revanche la mise à l'épreuve n'est exécutée que dans 29 % des cas (éventuellement parce que le condamné est toujours détenu).

- s'il s'agit d'une autre peine complémentaire, l'érou est effectif dans 72 % des cas, mais l'exécution complète est rare (2 %), et l'exécution de la seule peine complémentaire également (3 %).

- en revanche, lorsque la peine d'emprisonnement ferme est assortie d'une amende, l'exécution partielle, 40 % des cas, concerne essentiellement l'amende : pour 35 % de ces condamnations seul l'envoi au Trésor est effectué et dans 5 % des cas seul l'érou est effectif.

Lorsque les peines à exécuter sont une amende et une suspension de permis de conduire, qu'il y ait ou non emprisonnement avec sursis total, les deux peines sont exécutées dans près des trois quarts des cas ; lorsqu'il y a exécution partielle (21 % des cas), c'est dans 88 % des cas l'amende qui est mise à exécution (envoi au Trésor effectué).

Lorsque les peines à exécuter sont une amende et une autre peine complémentaire (avec ou sans emprisonnement avec sursis total), l'exécution n'est complète que dans 13 % des cas, et l'exécution partielle concerne essentiellement l'amende : seul l'envoi au Trésor est effectué dans 98 % des cas" (Ibidem).

## II - TRAITEMENT JUDICIAIRE DES PHÉNOMÈNES SOCIAUX

La réalisation du droit prend un intérêt particulier dans le traitement des grands phénomènes sociaux contemporains. Ce sont les blessures les plus vives du corps social qu'il faut absolument traiter. Leur nouveauté et leur acuité exigent des interventions adéquates et rapides et imposent des formes nouvelles d'intervention.

L'appréciation de leur qualité et l'évolution de leurs modalités sont indispensables pour évaluer la réalité des phénomènes et l'adaptation des mesures à leur appliquer.

L'analyse des problèmes les plus sensibles de la société actuelle est révélatrice des réactions du système juridique aux crises de notre temps. Grâce aux études (division de la statistique, des études et de la documentation) du Ministère de la Justice, il est possible de faire aisément un point sur la situation des enfants de familles dissociées (A), sur le traitement des difficultés économiques (B), sur la pathologie des relations de travail (C) et sur le traitement de la délinquance (D).

#### A - Dissociation de la famille et situation de l'enfant

À l'heure actuelle, en France, le taux des divorces paraît stabilisé autour de 30 % des couples mariés. Mais on se marie moins et plus tard qu'avant. On se remarie moins après divorce. L'union libre semble s'être largement développée.

"85 % des *enfants de divorcés* assistent à la formation d'une nouvelle union de leur père et/ou leur mère et 66 % ont un ou plusieurs demi-frères consanguins et/ou utérins. Si ces jeunes parfois sont aussi nombreux que ceux né du mariage rompu, on peut estimer à 1,4 million l'effectif des mineurs ayant un demi-frère à la suite d'un divorce, soit environ un dixième de la population des moins de 18 ans" (Infostat Justice, n° 5, juillet-août 1989).

Ainsi, la ramification et la complexification de la famille suscitent des problèmes nouveaux d'autorité parentale, de logement, d'éducation... des enfants de divorcés. Leur nombre s'est beaucoup accru.

"Au 1er janvier 1986, on comptait près de 1.050.000 enfants mineurs de divorcés. Ce nombre s'est beaucoup accru par le passé, comme celui des divorcés. De 1981 à 1986, il a ainsi augmenté de près d'un tiers (+ 250.000) ; mais il devrait se stabiliser d'ici à 1993, atteignant alors 1.230.000, au terme d'une hausse progressivement ralentie" (Ibidem).

"Près de 9 sur 10 résident chez leur mère, la moitié d'entre eux formant avec elle une famille monoparentale. Après la séparation des parents des structures complexes de parenté apparaissent fréquemment : ainsi deux tiers des enfants de divorcés ont une belle mère et/ou un beau-père et des demi-frères. Mais la recomposition d'une famille et son agrandissement affectent surtout le parent avec qui l'enfant n'habite pas, celui-ci vit donc le plus souvent ces événements à distance" (Ibidem).

Le traitement judiciaire des conflits familiaux concernant le sort des enfants peut exiger des *enquêtes sociales* difficiles et multifformes.

"Avant toute décision, provisoire ou définitive, fixant les modalités de l'exercice de l'autorité parentale et du droit de visite ou confiant les enfants à un tiers, le juge peut donner mission à toute personne qualifiée d'effectuer une enquête sociale. Celle-ci a pour but de recueillir des renseignements sur la situation matérielle et morale de la famille, sur les conditions dans lesquelles vivent et sont élevés les enfants et sur les mesures qu'il y a lieu de prendre dans leur intérêt". (cf. art. 287-2 du Code civil).

L'enquête sociale, toujours facultative, peut être ordonnée même d'office par le juge ou par le tribunal. Elle est confiée à toute personne qualifiée.

On distingue communément trois types d'enquête sociale :

- L'*enquête flash* : elle est destinée à recueillir dans un minimum de temps, le plus grand nombre d'informations à caractère objectif sur la famille.

- L'*enquête standard* : elle répond aux objectifs énoncés dans le Code civil en fournissant au juge des renseignements et des solutions possibles.

• **L'enquête approfondie** : elle se rapproche d'un examen médico-psychologique et peut être longue". (Infostat Justice, n° 2, avril 1989).

"Les enquêtes standard sont les plus fréquentes (57,4 %), suivies par les enquêtes approfondies (39,3 %). Les enquêtes flash (3,3 %) sont très rarement demandées". (Ibidem).

La fréquence des enquêtes sociales dépend de la nature du contentieux : "le contentieux de l'après divorce, 26 % des affaires donnent lieu à une enquête sociale. Dans les procédures de divorce cette proposition est de 17 %. Elle est de 15 % lorsque le juge aux affaires matrimoniales statue sur l'exercice de l'autorité parentale ou le droit de visite quant aux enfants naturels" (Ibidem).

## **B - Le traitement des difficultés économiques**

- *Les difficultés liées au surendettement des particuliers et des familles* que régit la loi n° 89-1010 du 31 décembre 1989 (V. supra I A), peut être moins fréquentes qu'on ne le croit, semblent avoir été rapidement soumises aux procédures de traitement instaurées par la "loi Neiertz".

La procédure amiable devant la Commission départementale d'examen des situations de surendettement des particuliers (art. 1, al. 2) a eu un succès immédiat.

"En 1990, plus de 90.000 dossiers ont été déposés par les débiteurs devant les commissions de surendettement. L'afflux des demandes a surtout été sensible au cours des trois premiers mois d'application de la loi : 16.401 en mars, 13.075 en avril, 11.675 en mai. Le nombre des saisines a ensuite diminué à un rythme moyen mensuel de 12 %, pour atteindre 5.431 en décembre. Au cours de la même année les commissions se sont prononcées sur la recevabilité de 74.396 dossiers ; elles ont décidé d'ouvrir la procédure amiable dans plus de 86 % des cas. Sur les 64.324 dossiers déclarés recevables en 1990, 36.751 ont été évacués la même année, par un constat de non accord dans 45,6 % des cas, par la signature d'un plan conventionnel (37,2 %) ou par la clôture du dossier lorsque la commission a interrompu sa mission de conciliation au cours de la procédure (17,2 %). Au 31 décembre 1990, 47 % des dossiers déposés étaient en attente d'une décision sur la recevabilité ou d'une solution" (Infostat Justice, n° 21, avril 1991).

La procédure de redressement judiciaire civil (art. 1 al. 5) est rarement introduite directement devant le juge et plus souvent formée seulement après saisine de la commission. Elle n'est que très exceptionnellement initiée d'office par le juge.

Les demandes limitées de suspension des voies d'exécution diligentées contre le débiteur (art. 1 al. 4) ne concernent qu'un cinquième environ du contentieux du surendettement. "En pratique, sur les 11.850 demandes d'ouverture de redressement, 80,8 % ont été formées après saisine de la commission, 17,6 % ont été formées directement par les débiteurs et 1,5 % initiées d'office par les juges" (Ibidem).

La répartition géographique du contentieux du surendettement est, par ailleurs, assez révélateur. "En 1990, les demandes d'ouverture de la procédure de règlement amiable sont très concentrées géographiquement. Ainsi, la moitié des demandes ont été formées devant les commissions de vingt-deux départements, le quart devant celles de cinq départements (Nord, Pas-de-Calais, Seine-Maritime, Bouches-du-Rhône et Gironde)" (Ibidem).

Les taux de saisine pour 10.000 habitants confirme l'existence de zones sensibles. "Les zones de faibles taux sont généralement situées dans des régions à caractère rural (Midi-Pyrénées, Languedoc-Roussillon, Bretagne et Basse-

Normandie), celles de taux élevés dans des régions industrielles et socialement défavorisées (Nord-Pas-de-Calais et Haute-Normandie)" (Ibidem).

Mais ce sont davantage les pratiques locales que le contexte économique qui expliquent le choix des procédures. "Ainsi, la part des redressements judiciaires est supérieure à 60 % dans 32 départements, dépassant même 80 % dans le Lot, le Jura, la Lozère et la Côte-d'Or. À l'inverse, dans 21 départements, la part des redressements est inférieure à celle des autres causes de demande. Ce phénomène se rencontre aussi bien dans les départements à fort effectif de demandes comme l'Isère (36,7 % de demandes de redressement, 46,4 % de demandes de suspension et 16,9 % de recours), que dans des départements où le niveau général de demandes est très faible, comme la Corrèze, la Sarthe ou l'Indre-et-Loire (respectivement 28,6 %, 18,2 % et 13,5 % de demandes de redressement)" (Ibidem).

"Le taux moyen de demande de suspension des voies d'exécution est extrêmement faible : 2,7 % ; mais il recouvre d'importantes disparités géographiques : il atteint 42,3 % dans l'Isère, et plus de 20 % dans le Calvados, les Vosges, Paris et la Corrèze ; en revanche, il est inférieur à 2 % dans 22 départements, dont certains traitent un nombre important de dossiers (Hauts-de-Seine, Seine-Saint-Denis, Yvelines, Oise, Loire-Atlantique...). Au total, les tribunaux de 6 départements (Isère, Calvados, Vosges, Paris, Bouches-du-Rhône, Nord) ont reçu à eux seuls 41,6 % des demandes de suspension. Ces demandes étant formées à l'initiative des commissions, c'est du côté de leurs pratiques qu'il faudra rechercher l'explication de ces disparités" (Ibidem).

#### *- Le traitement des difficultés des entreprises*

"En 1989, plus de 60 % des demandes de redressement judiciaire ont été formées par les créanciers et 34 % par les débiteurs qui font une déclaration de cessation des paiements. La saisine d'office du tribunal et la saisine à la requête du Procureur de la République sont donc marginales. 41 % des demandes émanant des créanciers conduisent à la radiation. Cette forte proportion traduit l'importance des accords qui se produisent après l'introduction de l'instance et révèle sans doute aussi la persistance de la pratique de "l'assignation pression"" (Infostat Justice, n° 18, novembre-décembre 1990).

"En moyenne, dans 93,5 % des cas, la procédure s'achève par une liquidation judiciaire. Le phénomène revêt un caractère très général puisque les entreprises individuelles (artisans et commerçants), comme les SARL, de loin les justiciables de cette procédure les plus nombreux, sont soumises à une liquidation judiciaire dans plus de neuf cas sur dix. Seules 20 % des sociétés anonymes en redressement judiciaire bénéficient d'un plan... 95,7 % des entreprises ayant fait l'objet d'une liquidation judiciaire ou d'un plan en 1989 ont moins de 50 salariés ou un chiffre d'affaires inférieur ou égal à 20 M.F." (Infostat Justice, n° 19, janvier 1991).

On constate que, plus l'entreprise est importante, plus elle a de chances de bénéficier d'un plan. "Dans la quasi-totalité des cas, le tribunal choisit le plan de continuation sans cession partielle ou le plan de cession totale sans location-gérance (respectivement 56,7 % et 36,9 % des plans arrêtés). Les tribunaux semblent donc faire un usage très limité des autres types de plans (continuation avec cession partielle et location-gérance : 1,7 %, continuation avec cession partielle sans location-gérance : 1,7 %, enfin, cession totale avec location-gérance : 3 %)" (Ibidem).

### C - Pathologie des relations de travail

*Le contentieux des relations de travail* est fort bien illustré par une étude du Ministère de la Justice (Infostat Justice, n° 27, janvier 1992).

"En 1990, près de 200.000 demandes concernant les relations du travail ont été formées devant les juridictions de première instance" (Ibidem).

"Si le contentieux du travail traité par le tribunal d'instance est numériquement peu important, il n'en est pas moins diversifié. Les contestations en matière d'élections professionnelles constituent 40 % des demandes. Celles-ci se répartissent à peu près équitablement entre demandes relatives à l'organisation d'un scrutin et demandes d'annulation d'une élection au suffrage universel ou au second degré.

Les relations individuelles du travail arrivent en seconde position avec 19 % des demandes. Il s'agit essentiellement d'affaires "prud'homales" concernant des marins-pêcheurs, qui relèvent de la compétence des tribunaux d'instance. Enfin, 9 % des demandes sont relatives à la représentation des intérêts des salariés (principalement des demandes d'annulation de désignation ou de révocation d'un délégué syndical).

Le contentieux le plus important relevant de la compétence du TGI ou de son président est constitué par les 200 référés relatifs à un conflit collectif, dont 112 demandes d'expulsion des lieux de travail ou mesures analogues.

Cependant même en faible nombre ces demandes ont vocation à concerner un grand nombre de salariés" (Ibidem).

Évidemment, "ce contentieux est massivement concentré devant les conseils de prud'hommes. Ceux-ci sont en effet saisis de plus de 97 % des demandes. Le reste se répartit entre les tribunaux d'instance (1,5 %), les tribunaux de grande instance (0,8 %) et les tribunaux de commerce (0,2 %). Mais il est vrai que les litiges soumis à ces différentes juridictions n'ont pas la même importance socio-économique et que la plupart des affaires relevant de la compétence des tribunaux d'instance et de grande instance s'inscrivent dans des confrontations collectives" (Ibidem).

"Les salariés qui saisissent les CPH relèvent majoritairement des sections commerce et industrie (respectivement 36 et 31 %) et dans une moindre mesure des sections activités diverses et encadrement (autour de 15 % chacune) ; la section agriculture reste marginale : moins de 3 % des demandes" (Ibidem).

"Le Conseil de prud'hommes est souvent présenté comme la juridiction du licenciement. Ceci sous-entend qu'il est essentiellement saisi par des salariés après rupture de leur contrat de travail. Si les statistiques ne permettent pas de connaître la situation du salarié au regard de sa présence dans l'entreprise, elles indiquent en revanche que la moitié seulement des demandes concernent spécifiquement le motif de la rupture : demandes d'annulation d'un licenciement, demandes de réintégration, demandes de dommages-intérêts liées à la contestation de la rupture ou du motif économique de la rupture, et demandes d'indemnité due en cas de rupture du contrat de travail. Les demandes ayant pour objet principal le paiement d'un élément de rémunération sont presque aussi nombreuses (40 % de l'ensemble des demandes en 1990).

Si l'on intègre les procédures de référé, le total de ces "affaires de rémunération" dépasse même le nombre de demandes spécifiquement liées à un licenciement : 92.000 demandes contre 84.000, en 1990. Le référé-provision est en effet particulièrement utilisé en cette matière, et probablement couplé à une demande au fond se rapportant au même différend, bien qu'une provision puisse aussi être

sollicitée du bureau de conciliation. Les demandes en paiement d'un élément de rémunération constituent ainsi les trois quarts des saisines des formations de référé.

On ne saurait cependant conclure que les salariés en cours d'emploi saisissent aussi souvent les CPH qu'une fois licenciés. Ainsi, des demandes portant sur des rémunérations ou la remise de documents peuvent être introduites après la rupture et sans lien avec elle. Par ailleurs, des différends portant sur les circonstances de la rupture peuvent déboucher sur une saisine du conseil de prud'hommes limitée à une réclamation salariale" (Ibidem).

Le problème particulier du *travail clandestin* a acquis une importance particulière (Infostat Justice, n° 29, septembre 1992).

"En 1988 et 1989, plus de 6.000 condamnations pour "travail illégal" ont été prononcées sanctionnant, sept fois sur dix, des Français.

En forte augmentation depuis 1987, les condamnations pour "travail clandestin" constituent à elles seules près des deux tiers de ce total. Elles précèdent de loin celles pour "infraction à la réglementation de la main d'œuvre étrangère" (28 %) et, plus encore, celles sanctionnant le "marchandage", le "prêt illicite de main d'œuvre" et les "infractions aux règles encadrant le travail temporaire" (6,5 %) (Ibidem).

#### D - Le traitement de la délinquance

Plusieurs études relatives au traitement de la délinquance montrent à la fois l'aggravation du phénomène de la délinquance et de sa répression.

*La population des prisons* a augmenté de 60 %, en vingt ans (Infostat Justice, n° 25, octobre 1991) : "Au 1er janvier 1991, 47.160 personnes étaient détenues dans les prisons françaises de Métropole, contre 29.549 en 1971. Au cours de ces deux décennies, une répression accrue de plusieurs types de crimes et délits, comme l'alourdissement des peines prononcées par les juridictions ont modifié sensiblement les caractéristiques de la population incarcérée" (Ibidem).

"Entre 1971 et 1991, la variation relative des effectifs de condamnés a été plus sensible pour les condamnés purgeant une peine supérieure à 3 ans. Ainsi, le nombre de condamnés exécutant des peines allant de 3 à moins de 5 ans a été multiplié par deux. Les condamnés purgeant des peines allant de 5 à 10 ans sont 2,5 fois plus nombreux en 1991 que 20 ans auparavant. Enfin, les condamnés à des peines de réclusion criminelle allant de 10 à 20 ans ainsi que les reclus à perpétuité ont doublé au cours de ces deux décennies.

Cette évolution différenciée a modifié notablement la structure des condamnés selon la durée de la peine prononcée en cours d'exécution. Ainsi, en 1991, 32 % des condamnés exécutent une peine de moins d'un an contre 41 % 20 ans plus tôt. Inversement, 31 % des condamnés exécutent une peine de 5 ans et plus en 1991, contre 21 % en 1971" (Ibidem).

"La population de nationalité étrangère représente plus de 30 % des détenus au 1er janvier 1991 contre 14 % en 1971. Elle a plus que triplé en vingt ans, contribuant ainsi pour près de 50 % à l'accroissement de la population incarcérée. Depuis 1984, le développement des poursuites et des condamnations pour infraction à la réglementation sur l'entrée et le séjour irrégulier d'étrangers en France explique pour moitié cette augmentation" (Ibidem).

"La France fait partie des pays européens ayant un fort taux de détention. Au 1er septembre 1989, il est nettement supérieur à la moyenne de l'ensemble des États membres du Conseil de l'Europe : 78 contre 67 pour 100.000 habitants.

La France est ainsi située en 7ème position derrière le Royaume-Uni (96), la République Fédérale d'Allemagne (84), proche de l'Espagne (80), mais bien avant la Belgique (68), l'Italie (54) et la Grèce (50). Les taux observés en France sont cependant sans commune mesure avec ceux de l'Amérique du Nord beaucoup plus élevés (autour de 110 au Canada, plus de 400 aux États-Unis) et avec celui du Japon particulièrement faible (de l'ordre de 50)" (Ibidem).

"Près de 93.000 personnes ont été incarcérées dans les prisons françaises en 1987, pour atteintes aux biens dans plus de la moitié des cas. Essentiellement des jeunes adultes de sexe masculin, les entrants en prison sont surtout des prévenus (72 %) mais la forte progression du nombre des personnes condamnées à titre définitif doit être retenue comme l'évolution marquante de ces dernières années" (Infostat Justice, n° 6, septembre 1986).

"Concernant 42 % des inculpés, le placement en détention provisoire est décidé la plupart du temps dès la saisine du juge et il est maintenu jusqu'à la clôture de l'instruction dans les deux tiers des cas.

Le recours au contrôle judiciaire ne concerne que 27 % des inculpés. Intervenant plus souvent en cours d'instruction, il accompagne deux fois sur trois la mise en liberté" (Infostat Justice, n° 26, novembre-décembre 1991).

"En 1986, les juridictions pénales ont prononcé et inscrit au casier judiciaire plus de 716.000 *condamnations* : 83,7 % des infractions sanctionnées sont des délits, 15,9 % des contraventions de 5ème classe et 0,4 % des crimes. Ce contentieux est constitué pour l'essentiel d'atteintes contre les biens -des vols surtout- et d'infractions commises par des conducteurs.

Plus de 311.000 peines privatives de liberté ont été prononcées dont 43 % comportaient une partie ferme" (Infostat Justice, n° 8, novembre-décembre 1989).

"En 1989, sur 4.629 inculpés dans le cadre d'une procédure criminelle ouverte devant les juges d'instruction, 16,5 % ont fait l'objet d'un non-lieu. Les juges ont estimé qu'il existait des charges suffisantes contre 83,5 % des inculpés, mais ils n'ont confirmé la qualification criminelle des infractions que pour la moitié d'entre eux.

Au cours de la période 1984-1988, les cours d'assises ont condamné environ 2.500 personnes par an. Les crimes les plus fréquemment sanctionnés sont les vols qualifiés (40,5 % des condamnations) suivis à part égales des homicides volontaires et des viols (de l'ordre de 23 %).

Pour l'ensemble des crimes, la durée moyenne des peines privatives de liberté fermes est de 7 ans. La réclusion criminelle à perpétuité -prononcée pour moitié par contumace- représente 3,2 % des condamnations" (Infostat Justice, n° 15, juillet-août 1990).

**M O R C E A U X**

**C H O I S I S**



# MORCEAUX CHOISIS : 1

EXTRAIT DE :

## *INTRODUCTION GÉNÉRALE AU DROIT*

Par

François TERRÉ

Dalloz 1991

### RÉALISATION DU DROIT

**L'insertion**

**La preuve**

**Le procès**



## RÉALISATION DU DROIT (\*)

360 - **Présentation** - Destiné à régir la vie des hommes en société, le droit n'est pas un ensemble ou un système abstrait, servant à occuper seulement les esprits, mais sans prise nécessaire sur le réel. Ses composantes — droit objectif, droits subjectifs — aspirent à une réalisation aussi satisfaisante que possible. Cela n'est pas facile, car il y a une sorte de tension, si ce n'est d'opposition latente, entre la société et l'individu en tant qu'être social. Tout l'art du droit consiste en cette conciliation indispensable d'exigences nécessaires à la coexistence des libertés. L'histoire et la géographie nous apprennent qu'un droit objectif sans droits subjectifs est contraire aux aspirations naturelles de l'homme, que des droits subjectifs sans droit objectif sont vains et mènent à l'anarchie.

Pour comprendre ce qui caractérise la réalisation du droit, il convient d'examiner tout d'abord les données fondamentales de son *insertion* dans le groupe social. La question est posée dès qu'il s'agit de son émergence. Mais, intellectuellement, ce n'est là qu'une première étape de la réflexion, car le droit aspire naturellement à établir avec le fait une relation aussi adéquate que possible.

Or cette relation se révèle d'autant plus délicate que, dans l'ordre des phénomènes juridiques, les questions de *preuve* occupent une place centrale. À tel point que le défaut de preuve équivaut souvent à un défaut d'existence.

Il ne faut pas non plus négliger le fait que, dans une société policée, où n'est plus de mise le droit primitif de se faire justice à soi-même, la survenance d'une contestation implique le recours à la justice, les organes juridictionnels étant alors appelés à se prononcer à la suite de procès.

L'étude de la réalisation du droit implique donc l'examen de trois séries de questions :

- L'*insertion* (Titre 1) ;
- La *preuve* (Titre 2) ;
- Le *procès* (Titre 3).

### TITRE 1 - L'INSERTION

361 - **Le droit en tant que science et en tant qu'art** - Le droit est-il une science ou un art ? La question est classique. Mais peut-être n'est-il pas nécessaire de la formuler dans les termes d'une alternative, car le droit est probablement à la fois un art et une science. Tout dépend, en réalité, du sens que l'on donne aux mots.

Un *art*, c'est, dans une définition assez courante, un ensemble de procédés techniques inventés et employés par l'homme en vue d'atteindre un résultat qui lui plaît ou lui semble utile. En ce sens, l'on peut considérer que le droit est un art : il comporte un art de l'élaboration des règles (lois décrets, etc.), ce qui implique

\* Extrait de : Introduction générale au droit, François Terré, Dalloz 1991, p. 293, 297, 338, 379, 393, 463, 479, 498 publié avec l'aimable autorisation de l'auteur et de l'éditeur.

d'ordinaire un choix entre plusieurs solutions et entre diverses formulations (1) ; à cela, s'ajoute tout un art de l'application et de l'interprétation des règles par les juges, par les praticiens, si ce n'est même par les usagers du droit.

Ces constatations n'excluent pourtant pas l'appartenance du droit au domaine des *sciences*. Certes, si l'on ne devait reconnaître ce rattachement que face à des phénomènes dont les causes, les manifestations et les répétitions dépendraient du déterminisme, on ne pourrait analyser le droit comme une science, compte tenu des caractères du phénomène juridique : irréversible, indéterminé, souvent unique, arbitraire dit-on aussi etc. Si l'on tient, au contraire, pour une science, un "ensemble de connaissances raisonnées et coordonnées" (2), la réponse contraire s'impose.

Dans cette perspective, le caractère scientifique du droit se manifeste aux trois étapes de la connaissance (Chapitre 1) de l'*application* (Chapitre 2) et de l'*interprétation* (Chapitre 3) du droit.

## CHAPITRE 1 - LA CONNAISSANCE

362 - **Théorie de la connaissance juridique** - Tant du côté de la doctrine que du côté de la pratique, des réflexions renouvelées se sont développées au sujet de la légitimité de l'action et de la fonction du droit. Les auteurs ont, en ce sens, assigné des tâches précises à la doctrine (3). Ils ont fait valoir qu'une épistémologie du droit, entendue comme une théorie de sa connaissance "vraie" impliquant une attention principale portée sur l'émergence du phénomène juridique, passait par le recours à des concepts empruntés aux autres sciences sociales (4).

Sans que les démarches aboutissent nécessairement à des conclusions différentes, la réflexion qu'appelle, d'un point de vue plus sociologique, l'observation de l'émergence du droit, de sa genèse dit-on encore, est aussi nécessaire et fructueuse. Elle incite à porter successivement le regard, du côté des auteurs de règles ou de solutions, sur l'*expression* (Section 1) de celles-ci, du côté des destinataires, sur leur *assimilation* (Section 2).

## CHAPITRE 2 - L'APPLICATION

403 - **Présentation** - La règle de droit n'est pas destinée à demeurer une simple création de l'esprit ; il est de sa nature de s'appliquer à des situations concrètes, de se *réaliser*. Ce passage dépend de beaucoup de conditions, à commencer — on l'a vu (*supra*, n° 362 s.) — par la communication de la connaissance (5).

Si l'on porte l'attention sur l'étape de l'application, des observations générales s'imposent au sujet du *processus* même par lequel se réalise le passage (Section 1). On envisagera ensuite les cadres dans lesquels se réalise l'application : *dans l'espace* (Section 2) et *dans le temps* (Section 3).

(1) Sur les tendances de l'art législatif en France, V. Carbonnier, *Essais sur les lois*, 1979, p. 231 s. - V. aussi sur le rôle du député dans la confection de la loi, Jean Foyer, *Le député dans la société française*, 1991, p. 105 s.

(2) Carbonnier, *Introduction*, n° 22.

(3) P. Durand, *La connaissance du phénomène juridique et les tâches de la doctrine moderne en droit privé*, D 1956, chron. 73 s.

(4) F.-F. Perrin, *Pour une théorie de la connaissance juridique*, Genève, 1979 ; C. Atias, *Science des légistes, savoir des juristes*, Presses univ. d'Aix-Marseille, 1991. - Comp., not., au sujet de la conscience du droit, P. Gast, *Expérience spirituelle et conscience du droit*, thèse ronéot. Paris II, 1991.

(5)

## SECTION 1 - Le processus d'application

404 - **Plan** - Il n'est pas étonnant que le problème de l'application du droit constitue, en lui-même, une singulière énigme. Le constat de l'écart entre théorie et pratique attire plus l'attention que par le passé (§ 1). Il oblige à porter successivement le regard du côté de la légalité (§ 2), puis du côté des comportements des sujets de droit (§ 3).

### § 1 - La question de l'application

405 - **Règles de droit et comportements de fait** - Entre la règle de droit et la réalité de fait à laquelle elle s'applique, la distinction est nécessaire, mais malaisée.

La difficulté tient tout d'abord à ce que, dans une opinion de plus en plus répandue, le droit ne se réduit pas aux seules règles de droit ; on estime opportun d'y inclure les comportements des individus conformes au droit, car ils en font partie intégrante (1). Il arrive d'ailleurs que la transition soit particulièrement délicate : ainsi en est-il lorsque des modèles de comportement ne sont pas fixés *a priori* par le droit, mais découlent des pratiques suivies habituellement par un groupe (2), voire par un individu déterminé (3) (v. *supra*, n° 205).

Même si l'on retient une définition extensive du domaine du droit (4), il subsiste une distinction essentielle de la règle de droit et du fait auquel cette règle est destinée. Et une réflexion sur le rôle du droit implique une analyse de l'adéquation de la règle au fait. Une vue réaliste des choses du droit conduit à s'interroger aussi sur la distance variable qui peut exister entre le droit et le fait (5).

406 - **Facteurs de distanciation** - Parmi les nombreuses causes de l'écart qui existe entre le droit et le fait, les unes tiennent principalement au droit, les autres s'expliquent davantage par le fait.

Du côté du droit, plusieurs constatations s'imposent. En premier lieu le volume excessif des règles et des solutions est de nature à nuire à leur réception, car les capacités d'absorption de l'esprit humain sont limitées ; de là peut résulter une mauvaise réception de la règle (*supra*, n° 398). En deuxième lieu, les modes d'expression de la règle peuvent nuire à sa diffusion ; on s'efforce d'atténuer l'obstacle en améliorant le langage du droit (v. *supra*, n° 368), non sans confondre, dans la critique, la langue juridique et le jargon judiciaire. En troisième lieu, la contrainte qui accompagne souvent la règle juridique peut susciter assez naturellement un réflexe de rejet.

Plutôt du côté du fait, on signalera d'autres obstacles. Tout d'abord l'infinie complexité du réel, dont la règle ne peut suivre toutes les nuances et les sinuosités ; plus ou moins ancrés sur des catégories générales, absolues dit-on parfois, la règle ou l'agent qui applique la règle sont donc obligés, le cas échéant, de délaissier la quantité négligeable (*de minimes non curat praetor*, disait-on à Rome), de soumettre ce qui est

(1) "Le Droit, écrit un auteur (J. Carbonnier, *Flexible droit*, 6e éd., 1988, p. 20), est plus grand que les sources formelles du Droit".

(2) Sans s'imposer nécessairement aux juges lorsqu'ils sont appelés à se prononcer en matière de responsabilité professionnelle (Paris 25 avril 1945, D. 1946, 190, note Tunc, J.C.P. 1946, II, 3161, note Robut. - Rapp. Com. 4 mars 1968, J.C.P. 1969, II, 15777, note Gavalda) ; au sujet, par exemple, de la responsabilité médicale, les pratiques suivies habituellement par une profession constituent d'utiles modèles de comportement.

(3) V. J.-C. Coviaux, *L'habitude individuelle dans le droit des obligations*, thèse ronéot. Paris, 1973.

(4) Sur la connaissance du phénomène, V. P. Durand, *La connaissance du phénomène juridique et les tâches de la doctrine moderne du droit privé*, D. 1956, chron. 73 s. ;

(5) V. Atias et Linotte, *Le mythe de l'adaptation du droit au fait*, D. 1977, chron. 251 s.

accessoire au régime du principal (1), d'éviter une relativisation des catégories consistant à faire varier les contours de celles-ci en fonction des règles auxquelles elles servent de support (2). Ajoutons que le *sentiment* de l'obligatoire, au sens juridique de ce mot, peut varier selon le lieu, le temps ou la matière, que les *pressions sociales* peuvent refouler la règle au point d'entraîner une sorte d'abrogation de fait, que des *courants d'opinion* — politiques, littéraires, etc. — peuvent nuire au prestige des règles et que le *comportement des intermédiaires* entre les règles de droit et les sujets de droit est rarement négligeable.

407 - **Effectivité ou ineffectivité** - On a parlé d'un mythe de l'adaptation du droit au fait (3). On a aussi tracé un programme d'exploration d'un domaine mal connu entre le droit et le fait (4). Dans le même temps, l'attention a été, de tous côtés, portée davantage sur l'analyse des *pratiques*(5).

L'importance et la difficulté du problème de l'application sont très évidentes, dans un climat social et juridique qui manifeste tout à la fois — ce qui n'est d'ailleurs pas contradictoire — un besoin de meilleure adéquation et de plus grande libéralisation, surtout dans certains domaines particulièrement imprégnés de droit.

Dans l'immense majorité des situations, l'application des règles de droit se réalise sans qu'il soit nécessaire d'avoir effectivement recours à la contrainte : l'adhésion, totale ou partielle, à l'ordre juridique ou la peur du gendarme et des ennuis expliquent généralement cette attitude et le vaste domaine de ce qui constitue l'application non contentieuse de la règle (v. *infra*, n° 604). L'esprit juridique est généralement plus occupé par l'analyse de l'application contentieuse — ou précontentieuse, ou paracontentieuse — de la règle de droit, rendue nécessaire par la violation de la règle ou la contestation de celle-ci. Afin d'assurer l'application de la règle, le système comporte un large éventail de sanctions — pénales, civiles, administratives,... — et il aménage diverses procédures judiciaires (v. *infra*, n° 603 s.).

Malgré cette tendance profonde et ces efforts constants, l'on constate assez fréquemment, entre la règle et son application, un écart plus ou moins large ou, dit-on encore, une marge plus ou moins étendue d'inapplication effective, d'"ineffectivité" totale ou partielle (6). Le droit ne se réduisant pas à des normes, ou à un ensemble de normes, il est nécessaire de connaître l'accueil fait à la règle, quel que soit le degré de la contrainte attachée à celle-ci. Encore convient-il d'observer qu'une loi inappliquée (ineffective) n'est pas nécessairement une loi inutile, parce qu'elle met à la disposition des individus une technique, dont ils se serviront peut-être ultérieurement. Il est d'ailleurs contraire à l'essence de l'ordre juridique de penser qu'une règle ineffective doive nécessairement être abolie. Des remarques comparables peuvent aussi être présentées au sujet des décisions de justice ; pourtant, de ce côté, l'ineffectivité heurte davantage l'esprit, ce qui explique les efforts tentés — avec un succès relatif — pour essayer de la combattre, là où elle se manifeste (7).

(1) V. G. Goubeaux, *La règle de l'accessoire en droit privé*, thèse Nancy, éd. 1969.

(2) Rappr., sur les tolérances, notamment en matière bancaire, Y. Letartre, *Les facilités de caisse*, thèse ronéot. Lille, 1975.

(3) Atias et Linotte, *chron. préc.*

(4) P. Godé, *La réalisation du droit : un no man's land*, RRJ 1983-3, p. 523 s.

(5) *Le rôle de la pratique dans la formation du droit*, Trav. Assoc. H. Capitant, Journées suisses, t. XXXIV, 1983 ; P. Amsselek, *Le rôle de la pratique dans la formation du droit : Aperçus à propos de l'exemple du droit public français*, Rev. dr. publ. 1983, p. 1471 s. ; *supra*, n° 205.

(6) Carbonnier, *Effectivité et ineffectivité de la règle de Droit. Flexible droit*, op. cit., p. 125 s. ; aussi J. Cruet, *La Vie du droit et l'impuissance des lois*, 1908.

(7) *L'effectivité des décisions de justice*, Trav. Assoc. H. Capitant, Journées françaises, t. XXXVI, 1985 ; J. Normand, *Les difficultés d'exécution des décisions de justice, Mélanges Cosnard*, 1990, p. 393 s. - Comp., sur "les phénomènes d'incidence dans l'application des lois", c'est-à-dire sur les textes qui, tout en produisant effet, ont un autre effet que celui que leur auteur aurait voulu, Carbonnier, *op. cit.*, p. 138 s.

408 - **Les fictions** - L'application du droit s'opère à l'aide d'un certain nombre de techniques destinées à capter et à régir le fait considéré par l'ordre juridique. En ce sens aussi, le droit est médiation (v. *supra*, n° 30 s.). Nécessairement, pour assumer le réel, il opère une certaine réduction. À cet effet, il utilise des catégories juridiques à partir desquelles se réalise la qualification des données relevant du droit (*supra*, n° 364). On observera aussi, en matière probatoire, l'importance des présomptions, c'est-à-dire des "conséquences que la loi ou le magistrat tire d'un fait connu à un fait inconnu" (v. *infra*, n° 512 s., 553 s.).

Les fictions servent aussi à assurer l'application du droit, création de l'esprit humain, au réel ondoyant et divers. C'est un "artifice de technique juridique ... consistant à supposer un fait ou une situation différents de la réalité en vue de produire un effet de droit" (1). Exemple : "dans toute disposition entre vifs ou testamentaire, les conditions impossibles, celles qui sont contraires aux lois ou aux mœurs sont réputées non écrites" (art. 900 c. civ.). Elles sont réputées non écrites, alors qu'elles sont bel et bien écrites. À l'aide de cette fiction, le législateur vise à maintenir l'acte qui les contient, mais en l'amputant, en faisant *comme* si les conditions écrites ne l'avaient pas été. Autre sens au mot fiction : "Idée, concept doctrinal imaginé en vue d'expliquer une situation, un mécanisme" (2). Ainsi, pour expliquer que les héritiers assument les dettes de la succession, s'ils acceptent celle-ci, avance-t-on traditionnellement l'idée suivant laquelle ils *continuent la personne du défunt* ; or la personnalité juridique d'un être humain s'éteint à son décès (*supra*, n° 325).

La technique de la fiction a tout naturellement retenu l'attention (3), de manière négative ou positive. L'emploi du terme de fiction peut, négativement, servir à désigner un obstacle artificiel inhérent à une règle ou à une institution, et que l'on juge contraire à la nature, ce qui conduit alors à l'écarter (4).

C'est surtout d'un point de vue positif que la fiction est prise en considération, en vue de faire utilement abstraction de la réalité, voire de substituer à la réalité "une construction de l'esprit" (5). Il en va ainsi lorsque les catégories et techniques juridiques reconnues ne procurent pas le moyen de répondre de manière acceptable aux questions de droit qui se posent, ou encore lorsque l'application simultanée de deux règles à une même situation entraîne une antinomie que le recours à la fiction permet de surmonter (6).

### CHAPITRE 3 - L'INTERPRÉTATION

461 - **L'herméneutique juridique** - Herméneutique ? C'est l'art de comprendre et d'interpréter : exprimer, expliquer, comprendre. L'étymologie est éclairante, quant à la découverte du sens. "On peut voir se profiler ici les talons ailés d'Hermès, divinité messagère, patron des interprètes, guide des âmes, maître des échanges, régnant sur les carrefours du vrai et du faux..." (7). En tant que discipline ou technique d'interprétation des textes sacrés, juridiques ou littéraires, la notion

(1) *Vocabulaire juridique de l'Association H. Capitant*, par G. Cornu et Ali, 3e éd. 1991, V° *Fiction*.

(2) *Vocabulaire juridique*, préc., loc. cit.

(3) L. Lecocq, *De la fiction comme procédé juridique*, thèse Paris, 1914 ; R. Dekkers, *La fiction juridique (Étude de droit romain et de droit comparé)*, Bruxelles et Paris, 1935 ; J. Issa-Sayegh, *Les fictions en droit privé*, thèse ronéot. Dakar, 1968 ; C. Perelman et P. Fofiers, *Les présomptions et les fictions en droit*, Trav. du Centre national de recherches de logique, Bruxelles, 1974 ; Joanna Schmidt-Szalewski, *Les fictions en droit privé*, Arch. phil. droit, t. 20, 1975, p. 273 s. ; P. Woodland, *Le procédé de la fiction dans la pensée juridique*, thèse ronéot. Paris II, 1981.

(4) V. la thèse de P. Woodland, préc.

(5) Cornu, *Droit civil, Introduction. Les personnes. Les biens*, n° 208.

(6) V. C. Perelman et P. Fofiers, *Les présomptions et les fictions en droit*, op. cit., p. 343.

(7) J. Starobinski, *Sur l'histoire de l'herméneutique*, Le temps de la réflexion Gallimard, 1980, p. 477 s.

d'herméneutique ne se constitue qu'au XVII<sup>ème</sup> siècle, en Allemagne. Mais l'activité qu'elle vise remonte à l'Antiquité. Ses manifestations les plus diverses — par les domaines, par les méthodes — ont concerné, dans la compréhension des textes saints, le développement de la pensée talmudique (1). Tout ce mouvement de pensée est de première importance pour la compréhension du droit.

Qu'elle soit ou non contentieuse, qu'il y ait ou non un litige, l'application de la règle de droit suppose, bien souvent, dans le passage du général au particulier, un processus intermédiaire d'*interprétation*. Bien que l'usage de ce mot soit de nature à rapprocher l'opération mentale effectuée par les juges et, plus largement, les juristes d'autres types d'interprétation (des rêves, de l'œuvre d'art, d'un discours prononcé dans une langue étrangère...), l'interprétation présente, en matière juridique, des traits originaux (2). Négativement, elle ne se confond ni avec la traduction, ni avec l'interprétation psychanalytique, ni avec l'interprétation historique, ni avec l'interprétation musicale (3). Dotée d'une force contraignante, inhérente à une démarche du raisonnement impliquant souvent l'appréciation d'un tiers — de ce tiers devant lequel elle est proposée —, elle présente un double aspect, car elle peut porter sur le droit (Section 1) ou sur le fait (Section 2).

## TITRE 2 - LA PREUVE

**478 - Généralités (\*) -** Le terme de "preuve" est ambigu : il renvoie à plusieurs mécanismes.

L'on peut dire, tout d'abord, que la preuve est la démonstration de la véracité d'une affirmation, jusqu'à ce qu'il soit démontré qu'elle est fausse. Elle permet à celui qui se prévaut de l'affirmation de la faire tenir pour vraie et d'en tirer les bénéfices juridiques qui y sont attachés. Ainsi, celui qui démontre, en produisant une reconnaissance de dette, que le signataire lui doit donc de l'argent à titre de remboursement, pourra en obtenir le paiement forcé.

Mais l'on peut dire aussi que les preuves sont les procédés techniques que l'on utilise pour établir l'existence de ce droit ou de ce fait, afin de soutenir une certaine prétention juridique. Ainsi, la technique de la signature, celle de l'expertise sanguine, etc., sont des preuves.

**479 - Importance de la preuve -** Ces procédés constituent le système probatoire dont l'importance est centrale dans notre droit pour deux raisons, l'une tenant au système juridique et l'autre à l'individu.

D'une part, le droit positif ne peut négliger la recherche de la véracité des faits et des droits, sans risquer de constituer un système d'attribution ou de refus de prérogatives indépendamment et en dehors de la vie naturelle et sociale, ce qui fait courir de grands risques aux libertés.

(1) V. G. Abitbol, *Herméneutique normative et logique juridique du Talmud*, thèse ronéot. Paris III, 1989.

(2) V. Arch. phil. droit, t. XVII, 1972, *L'interprétation dans le droit ; L'interprétation par le juge des règles écrites*, Trav. Assoc. H. Capitant, Journées louisianaises, t. XXIX, 1978 ; *L'interprétation en droit, Approche pluridisciplinaire*, sous la direction de M. Van de Kerchove, Bruvelles, 1978 ; J.-L. Bienvenu, *L'interprétation juridictionnelle des actes administratifs et des lois : sa nature et sa fonction dans l'élaboration du droit administratif*, thèse ronéot. Paris II, 2 vol., 1979 ; Y. Paclot, *Recherche sur l'interprétation juridique*, thèse ronéot. Paris II, 1988. — Rapp. Françoise Michaut, *L'École de la "sociological jurisprudence" et le mouvement réaliste américain, Le rôle du juge et la théorie du droit*, thèse ronéot. Paris X, 1985.

(3) Y. Paclot, thèse préc., p. 396 s.

\* L'auteur exprime sa vive reconnaissance à Marie-Anne Frison-Roche, Professeur à l'Université d'Angers, pour l'aide qu'elle lui a apportée, tout spécialement dans la préparation du présent titre.

D'autre part, à l'échelle de la personne, il ne suffit pas d'être titulaire d'un droit ou de se trouver dans une certaine situation juridique pour obtenir satisfaction. En effet, la personne ne pourra efficacement se prévaloir d'un fait, d'un droit, d'une situation, que si elle est capable d'en prouver l'existence. Certes, le droit subjectif et la preuve de ce dernier sont fondamentalement distincts : le droit ne dépend pas, dans son existence de la preuve qui pourra en être apportée. Mais la dépendance existe au plan de l'efficacité. En effet, concrètement, l'absence de preuve interdira au titulaire de se prévaloir efficacement de son droit et d'obtenir les effets juridiques qui lui sont attachés. C'est pourquoi l'on affirme traditionnellement, depuis le droit romain, que n'avoir pas de droit et ne pouvoir le prouver sont une situation équivalente pour la personne (1).

Ainsi, des exigences de preuve jalonnent la vie juridique. Elles peuvent exister en dehors de toute contestation en justice : une personne peut être tenue de justifier de sa situation ou de son droit, sans qu'il y ait procès, soit dans ses relations avec d'autres particuliers, soit dans ses relations avec une administration : ainsi celui qui veut se marier doit prouver notamment qu'il a atteint l'âge requis et, s'il a déjà été marié, que sa précédente union est dissoute. Mais, plus fréquemment, la question de preuve se pose à l'occasion d'un litige, car celui qui veut obtenir du juge qu'il statue favorablement sur sa prétention doit lui apporter, avant tout, la preuve de son exactitude : ainsi l'enfant, représenté par la mère, qui veut obtenir une pension alimentaire à la charge du défendeur, doit démontrer un lien de paternité. La question de preuve est ici incidente par rapport à une question de fond. Le mécanisme du procès (*infra*, n° 601 s.) appelle nécessairement celui de la preuve (2) et le juge ne peut statuer sans avoir analysé, même sommairement, les éléments de preuve qui lui sont présentés (3). Dans notre exemple, la preuve de la paternité conditionne la réponse qui sera faite à la demande de pension alimentaire. Mais il arrive qu'une instance judiciaire n'ait lieu qu'à seule fin d'obtenir une preuve, la partie désirant obtenir la collaboration de la justice pour qu'une preuve soit constituée et conservée, afin de se ménager une possibilité de former, ultérieurement, une demande en justice. Cette action préventive, qu'on a pu appeler le "référé-probatoire" (4), est régie par l'article 145 du nouveau code de procédure civile.

**480 - Composantes du système probatoire** - La preuve constitue un mécanisme complexe qui se déroule en plusieurs phases. Ainsi cinq ordres de questions sont résolus par le droit positif : 1° qui doit faire la preuve de l'affirmation ? (c'est la question de la *charge* de la preuve) ; 2° sur quoi doit et peut porter la preuve ? (c'est la question de l'*objet* de la preuve) ; 3° par quels moyens techniques la preuve peut-elle être faite ? (c'est la question des *modes* de preuve) ; 4° parmi ceux-là, quels moyens de preuve le droit admet-il ? (c'est la question de l'*admissibilité* des modes de preuve) ; 5° comment chaque moyen doit-il être présenté au juge ? (c'est la question de l'*administration* de la preuve).

Cette dernière question, bien qu'étroitement liée aux précédentes et les recoupant fréquemment, relève traditionnellement de la procédure civile (5). Elle concerne notamment les productions et les échanges de pièces et documents entre les parties au procès, les mécanismes de vérification d'écriture et d'inscription de faux et

(1) Voir l'étude historique fondamentale menée par la Société Jean Bodin, *La preuve*, vol. XVI à XIX, Bruxelles, 1963-1965.

(2) V. J.-P. Lévy, *Les classifications des preuves dans l'histoire du droit*, in *La preuve en droit*, sous la direction de Ch. Perelman et P. Fofiers, Bruylant, 1981, p. 27.

(3) Civ. 2e, 22 juin 1988, *Bull. civ.* II, n° 151, p. 80 ; 9 janvier 1991, *Bull. civ.* II, n° 6, p. 4.

(4) J.-C. Peyre, *Le référé-probatoire de l'article 145 du nouveau Code de procédure civile*, J.C.P. 1984, I, 3158.

(5) J. Vincent et S. Guinchard, *Précis Dalloz, Procédure civile*, p. 910 s.

toutes les mesures d'instruction. Ces dernières, plus particulièrement les expertises, ont une grande importance pratique.

481 - **Présentation** - Le code civil n'a pas consacré de développements autonomes à la preuve. Par une méthode défectueuse et critiquée, les règles en la matière, prévues dans les articles 1315 à 1369, sont insérées dans la partie du code relative au droit des obligations, alors même que, par nature, les règles probatoires concernent toutes matières (*supra*, n° 479). C'est pourquoi le droit positif, et notamment la jurisprudence, redressant l'erreur méthodologique du codificateur, accorde une portée générale à ces textes qui sont, en apparence, spéciaux. Ce travail d'interprétation, qui a permis de dégager des règles générales, explique que le législateur n'ait pas, malgré l'erreur initiale, procédé à une refonte d'ensemble de ces textes. Ainsi, la loi du 12 juillet 1980 a procédé à une adaptation des règles légales, sans modifier les mécanismes fondamentaux mis en place en 1804. On trouve donc dans le code civil les règles qui permettent d'organiser la charge, l'objet, les modes et l'admissibilité de la preuve.

Des règles spéciales sont par ailleurs prévues pour aménager les règles générales, par exemple en matière de mariage ou de filiation (art. 194 s., art. 340-1 s. c. civ.) (1).

Enfin, on a vu que les règles relatives à l'administration de la preuve figurent, par une césure assez artificielle, dans le nouveau code de procédure civile, notamment dans les articles 9 à 11 et 132 à 338. Cette répartition n'est d'ailleurs guère rigoureuse. Elle révèle l'unité fondamentale de la matière, puisque, par exemple, les règles d'administration de la preuve qui régissent le serment sont placées dans le code civil.

Le système probatoire est ainsi constitué de principes qui soustendent et innervent les mécanismes techniques assurant son fonctionnement. Nous étudierons donc d'abord les *principes du droit de la preuve* (Chapitre 1), avant de décrire, d'une façon plus technique, la *charge et l'objet de la preuve* (Chapitre 2), ainsi que les *modes de preuve* (Chapitre 3).

### TITRE 3 - LE PROCÈS

601 - **Plan** - Le procès est, en droit, une manifestation si essentielle qu'on a pu soutenir que le critère du droit reposait sur la possibilité de l'intervention d'un juge, c'est-à-dire d'un "tiers impartial et désintéressé" et que la justiciabilité était le signe du juridique (*supra*, n° 29).

On ne saurait pourtant en déduire que la réalisation du droit implique nécessairement le recours aux tribunaux. Immense est et reste heureusement le domaine de l'application non contentieuse du droit. Il n'en demeure pas moins que celui-ci tend à assurer la coexistence des libertés et que, pour ce faire, il consacre, au profit des particuliers, des prérogatives : les droits subjectifs. De la sorte, il ouvre la porte à des contestations et favorise, nécessairement, ces conflits qu'il est seul à même de trancher dans une société civilisée.

On envisagera successivement:

- les *contestations* (Chapitre 1),
- les *activités judiciaires* (Chapitre 2),
- les *procédures* (Chapitre 3).

(1) *Les personnes, La famille, Les incapacités*, n° 249 s. et 628 s.

## CHAPITRE 1 - LES CONTESTATIONS

602 - **Présentation** - Dans certains domaines du droit, plus que dans d'autres, l'approche du juridique s'opère à travers la connaissance première du contentieux. Ainsi en est-il en matière administrative. Ailleurs, une vision légaliste l'emporte, ce qui n'exclut aucunement une prise en considération, d'ailleurs croissante, du rôle de la jurisprudence.

De toute façon, la compréhension du phénomène juridique implique la connaissance des contentieux les plus divers. Cette diversité concerne leurs causes, leurs domaines, leurs formes, leurs solutions. Et la sociologie judiciaire s'emploie notamment à analyser la *litigiosité*.

On s'en tiendra à une approche juridique, en envisageant successivement une double relation : entre *contestation et sanction* (Section 1), entre *contestation et solution* (Section 2).

## CHAPITRE 2 - LES ACTIVITÉS JUDICIAIRES

622 - **Présentation** - Pour que se développent, pendant le procès, les diverses procédures, il faut, à l'ensemble, donner l'impulsion nécessaire. À cette fin, les protagonistes ne demeurent pas inertes : selon la position de chacun, il y a lieu d'agir, de défendre, d'intervenir, de juger, d'exécuter. L'image depouillée de parties allant à l'arbitrage du juge appelle tout au moins une correction, car les impératifs de la division du travail judiciaire conduisent souvent les uns et les autres à recourir au ministère des auxiliaires de la justice (*supra*, n° 120). Mais le secours de ces intermédiaires complète sans l'altérer le schéma séculaire. La vie judiciaire naît d'une ou de plusieurs prétentions ; et la procédure, une fois déclenchée, est ensuite entretenue par une chaîne plus ou moins longue d'actes de volonté.

On distinguera l'activité des parties (Section 1) et l'activité du juge (Section 2).

## CHAPITRE 3 - LES PROCÉDURES

650 - **Présentation** - Dérivant du mot latin *procedere*, c'est-à-dire *avancer*, le mot de procédure convient précisément, dans un sens strict, pour désigner les démarches, jalonnées d'actes — au sens matériel ou au sens formel : *negotium, instrumentum* — qui caractérisent les itinéraires judiciaires. Même dans cette acception en termes de cheminement, le mot *procédure* peut servir à désigner des comportements par rapport aux administrations — fiscales ou autres — et non par rapport aux juridictions. On s'en tiendra pourtant, dans le présent cadre, aux schémas des *principales procédures* (Section 2), après avoir exposé quelques *principes directeurs* (Section 1).



**MORCEAUX CHOISIS : 2**

**EXTRAIT DE :**

***DROIT CIVIL - INTRODUCTION***

Par

**Jean CARBONNIER**

Collection Thémis, 21ème édition 1992, P.U.F.

**RÉALISATION DES DROITS SUBJECTIFS**

**Préalable à toute réalisation des droits**

**La réalisation extra-judiciaire des droits**

**La réalisation judiciaire des droits**



## [171] RÉALISATION DES DROITS SUBJECTIFS (\*)

Le titulaire d'un droit peut l'exercer, mais il n'y est pas obligé. Le titre se conservera bien que le droit ne soit pas exercé. L'inaction, toutefois, n'est pas sans péril à la longue : les droits réels (mais non la propriété, selon la jurisprudence, cf. t. III, n° 77) se perdent par un non-usage prolongé pendant trente ans (a. 617, 706) ; si le créancier reste assez longtemps (trente ans au plus) sans réclamer son dû, son droit de créance est éteint, le débiteur est libéré (a. 2262). Tel est l'effet de la prescription extinctive.

Mais ne parlons pas de mort : les droits subjectifs, avant tout, sont faits pour vivre, pour être réalisés : ce n'est qu'ainsi qu'ils procureront à leur titulaire les jouissances qu'ils lui promettaient et qu'ils contenaient potentiellement. Leur réalisation, néanmoins, va présenter un aspect tout différent suivant qu'elle se heurte ou non à une contestation d'autrui.

En l'absence de contestation, le droit pourra se réaliser sans l'intervention d'un tribunal : c'est une *réalisation extrajudiciaire*, pacifique somme toute. Si le droit est contesté, un litige se noue, il va falloir une sorte de combat pour réaliser le droit : c'est la *réalisation judiciaire*. Cependant, extrajudiciaire ou judiciaire, la réalisation d'un droit suppose que la preuve en ait été produite et qu'aient été observés les délais qui étaient requis pour le faire valoir. Il y a là des *préalables* à toute réalisation. S'ils font défaut, le droit a beau exister, il est paralysé.

### 1 - LES PRÉALABLES À TOUTE RÉALISATION DES DROITS

S'il suffisait d'avoir un droit pour en jouir ! Le titulaire d'un droit qui veut le faire valoir doit commencer par vaincre certaines résistances, certains frottements que lui oppose la machinerie juridique elle-même. Car, par une préoccupation d'ordre, le droit objectif, au lieu de laisser les droits subjectifs s'affirmer n'importe quand et n'importe comment, en soumet la réalisation à des règles de *délai* et de *preuve*.

### [172] 1 - LES DÉLAIS

Le délai est l'espace de *temps* qui est accordé par la loi pour l'exercice d'un droit. Il est usuel de raisonner ainsi sur les délais légaux. Il est des délais d'autres sortes, cependant, ceux qui peuvent être accordés par des contrats (ex. le temps convenu pour la délivrance de la chose vendue, a. 1610) ou par des jugements (ex. le temps prévu pour l'exercice du droit de visite après divorce). Dans tous les cas, l'effet

---

(\*) Extrait de Droit Civil, Introduction par Jean Carbonnier, 21<sup>ème</sup> édition 1992, Collection Thémis, P.U.F., pp. 327 à 342, 352 à 357 et 358 à 366, publié avec l'aimable autorisation de l'auteur et de l'éditeur.

est le même : le droit hors délai ne se réalise pas ; le titulaire du droit est *forclos*, et c'est comme s'il n'avait pas de droit.

Le but des délais est de presser les intéressés à agir, et d'imprimer ainsi à la vie juridique un rythme tant soit peu rapide. Mais la loi escompte aussi que, bien souvent, les titulaires des droits laisseront le temps s'échapper sans agir, son arrière-pensée est qu'il pacifie toutes choses.

a) *Différentes sortes de délais.* — Dans une acception large, tout laps de temps auquel s'attachent des conséquences juridiques peut être regardé comme un délai. Ce qui autorise à faire entrer dans la catégorie les *prescriptions*, du moins les prescriptions extinctives, aussi bien que les *délais préfix* et les *délais de procédure*. L'institution de la *prescription extinctive* est réglementée dans le dernier titre du C.C. (art. 2219 s. ; place logique pour ce qui est, en somme, la mort naturelle des droits subjectifs). Du long repos que les intéressés ont donné à leurs droits, la loi tire les conséquences, et de ce qui n'était qu'un fait (le non-exercice des droits), elle fait sortir un état de droit qui le consolide.

C'est un principe de notre droit que les droits subjectifs (notamment les droits de créance) se perdent par leur non-exercice prolongé, *se prescrivent*, s'éteignent au bout d'un certain temps. À tout le moins, selon l'analyse que semble adopter l'a. 2262, c'est *l'action* en justice qui est éteinte, par laquelle pouvait être mis en œuvre le droit subjectif. La prescription extinctive de droit commun, applicable à tous les droits, dès lors que la loi n'a pas établi de délai plus bref, est la prescription trentenaire (a. 2262). Mais au-dessous de la prescription trentenaire, il y a de nombreuses prescriptions exceptionnelles, qui sont applicables en vertu de textes particuliers, pour des hypothèses légalement définies. On en trouve de toutes tailles. Ex. prescription extinctive de cinq ans (a. 1304) concernant l'action en nullité des conventions pour incapacité ou vice de consentement.

De la prescription extinctive, les *délais préfix* et les *délais de procédure* se différencient à première vue par ce caractère qu'ils ont en commun d'être très brefs. Mais entre eux, il n'est pas toujours facile de faire une distinction. Le délai préfix semble toucher davantage au fond du droit (ex. a. 316), tandis que le délai de procédure s'insère dans la marche d'un procès pour y jouer le rôle d'accélérateur (ex. délai d'appel, a. 538 C. Pr. C.), ce qui n'empêche pas, du reste, les lenteurs de la justice d'être un éternel sujet de plainte chez les justiciables.

b) *Computation des délais.* — La computation des délais peut être forfaitaire ou utile. Le délai utile est un délai dans lequel on ne retient que les moments où le titulaire du droit a pu agir effectivement, on serre la réalité du plus près. Au contraire, dans le système du délai forfaitaire, on retient tous les moments du délai, on les considère tous comme égaux : le temps est homogène, et le droit doit se contenter d'approximations.

Par certains de ses côtés, la computation des délais est, dans notre droit, *forfaitaire* : 1°) Les délais se comptent par jour et non par heures (a. 2260), bien que, dans une journée de 24 heures, toutes les heures n'aient pas pour agir juridiquement la même valeur ; 2°) De quantième à quantième, et non par révolution de trente jours, bien que tous les mois n'aient pas la même longueur ; 3°) Par années, sans tenir compte des bissextiles ; 4°) Ils ne comportent pas, en général, d'extension à raison des jours fériés qui s'y rencontrent, ni même des jours fériés sur lesquels ils expirent ; 5°) Ils courent contre toutes personnes, en principe, quelle que soit leur situation personnelle (a. 2251), bien que cette situation soit parfois un handicap pour l'action.

La computation des délais, a d'autres égards, est dite *utile*. 1°) Dans les délais, on ne compte pas le terme de départ, le *dies a quo*, le jour de l'acte, de l'événement, de la décision, de la notification qui les fait courir (a. 641 C. Pr. C.) ; 2°) Certains délais sont prolongés lorsque le dernier jour se trouve être un jour férié, ou même un samedi (a. 642 C. Pr. C.) ; 3°) Les prescriptions extinctives sont suspendues au profit des incapables, mineurs et majeurs en tutelle (a. 2252 ; toutefois, cette suspension ne joue pas pour les délais de procédure, ni pour les délais préfix) ; 4°) Lorsqu'une partie a été empêchée d'agir par un obstacle imprévisible et insurmontable, constitutif de force majeure, il peut y avoir relèvement de la forclusion encourue. Ce relèvement est la conséquence d'une maxime, *contra non valentem agere non currit praescriptio*, que la jurisprudence applique à la prescription extinctive et même parfois aux délais préfix. Cependant, il s'agit là d'une jurisprudence d'équité, qui n'est pas absolue : c'est compte tenu de toutes les circonstances que le tribunal accordera ou non le relèvement de la forclusion, lèvera l'obstacle formaliste résultant de l'expiration d'un délai (cf. t. IV, n° 361).

## [173] 2 - LES PREUVES

Bien souvent, les droits sont comme s'ils n'existaient pas, parce qu'ils ne peuvent être prouvés. Un adage ancien l'exprime : c'est la même chose que de ne pas être et de ne pas être prouvé (*idem est non esse aut non probari*). Prouver un droit, c'est le faire apparaître sinon comme vrai (car, dans l'univers juridique, on ne prétend pas atteindre à la vérité), du moins comme probable.

La matière est dispersée dans le C.C. et le C. Pr. C. Le C.C. a consacré un chapitre entier (a. 1315-1369) à la preuve des obligations et du paiement, dont beaucoup de dispositions sont suffisamment générales (ex. a. 1315) pour être regardées comme constituant le droit commun de la preuve. Mais il a aussi, çà et là, adossé à certaines institutions un régime spécial de preuve (ex. pour le divorce, a. 259 s. ; pour la filiation, a. 311 s.). Le C. Pr. C. traite de la preuve en deux endroits : aux a. 9-11 il est posé des principes généraux ; au titre VII du livre 1er il organise en détail l'administration judiciaire de la preuve (a. 132/322).

Traditionnellement, du reste, l'attention se concentre sur la *preuve judiciaire*, la preuve produite ou appelée à être produite en justice. Il arrive, pourtant, couramment que l'on ait à prouver son droit en dehors de tout procès. De cette *preuve extrajudiciaire*, le régime est fragmenté et souvent mal élucidé. Il n'en sera donné qu'un aperçu.

### [174] • La preuve extrajudiciaire

Les hypothèses sont nombreuses et très pratiques : un acheteur, avant de contracter, réclame au vendeur la preuve de sa propriété ; un commerçant à un client la preuve de sa capacité ; un notaire à un soi-disant héritier la preuve de sa qualité ; une administration à un candidat la preuve de sa nationalité (donc de sa filiation) ; un policier à un passant la preuve de son identité (l'identité est, au fond, une notion de droit civil). Quelques situations ont été réglées directement par des textes (ex. pour la preuve de l'identité, de l'état et du domicile des parties à un acte notarié, le d. 26 nov. 1971, a. 5, qui laisse d'ailleurs au notaire une marge d'appréciation ; pour la preuve de l'identité au regard des autorités de police, laquelle peut se faire par tout *moyen*, les a. 78-1 s. C. Pr. C. et l. 3 sept. 1986). En l'absence de texte, là où la preuve est réclamée par un contractant qui serait libre de ne pas contracter, on admettra qu'il lui appartient de fixer plus ou moins haut la barre de son exigence (c'est comme si, avant le contrat principal, il devait y avoir une convention tacite sur la preuve). On

l'admettra plus difficilement d'un notaire qui peut être tenu de prêter son ministère à qui le requiert (1. 25 ventôse an XI sur le notariat, a. 3). Dans tous les cas, une limitation serait concevable : il pourrait y avoir, semble-t-il, abus du droit à réclamer une preuve, sinon impossible (ex. que le défunt n'a pas laissé de testament), du moins disproportionnée à l'intérêt en jeu. Et à l'inverse, on ne saurait imputer une faute d'imprudence à qui, pour une opération usuelle, se serait contenté de l'apparence du droit, sans imposer le degré de preuve qui eût été exigible en justice (ex. l'extérieur physique ou mental, comme preuve *de prima facie* de l'âge de la majorité, au lieu de la production d'un acte de naissance). La loi est justement intervenue en ce sens (a. 221-222, 1. 13 juillet 1965) : afin de dispenser les gens mariés, surtout les femmes, dans leurs relations avec les banques et le notariat, d'avoir à rapporter une preuve trop parfaite de leurs droits, elle a créé des présomptions qui exonèrent de toute responsabilité les tiers de bonne foi.

[175] • *La preuve judiciaire*

À s'en tenir désormais à la *preuve judiciaire*, il est classique d'y distinguer deux temps : la *charge* de la preuve et les *moyens* de preuve. Qui doit prouver et *comment* ?

a) *La charge de la preuve*. Il convient d'en préciser les effets.

— C'est d'abord un effort, un travail qui est imposé à une partie (le synonyme usuel, *fardeau* de la preuve, *onus probandi*, est plus expressif encore) : il lui faut se procurer (d'avance ou après coup) la preuve telle que requise par la loi quant aux moyens, la produire dans l'instance, convaincre le juge.

— Mais, derrière ce premier effet, un second se cache : si celui à qui la charge incombe ne parvient pas à prouver, sa prétention sera rejetée ; il perdra son procès, il perdra même son droit (du moins dans les limites de l'autorité relative de la chose jugée) ; où l'on voit que n'être pas prouvé et n'être pas, pour le droit subjectif, c'est même chose. La charge de la preuve désigne ainsi le perdant éventuel pour le cas de doute sur le fond du droit : c'est ce que l'on appelle parfois *l'imputation du risque de la preuve*.

Le juge étant neutre, c'est à chaque partie de prouver les faits nécessaires au succès de sa prétention (a. 9 C. Pr. C.). Rationnellement, la charge de la preuve incombe en premier lieu au demandeur (*actori incumbit probatio* : a. 1315, al. 1), puisque c'est lui qui prend l'initiative de rompre le *statu quo*. Mais si, le demandeur ayant démontré son droit, le défendeur invoque contre lui des moyens de défense (a. 71 s. C. Pr. C.), le second devient pour ainsi dire demandeur à l'intérieur de ses moyens de défense, et c'est dès lors à lui de les prouver (a. 1315, al. 2 : *reus in excipiendo fit actor* = le défendeur devient demandeur dans l'*exception* qu'il invoque [l'*exception*, c'était autrefois tout moyen de défense ; aujourd'hui, le mot tend à se restreindre aux seuls moyens de procédure, cf. a. 73 C. Pr. C.]).

Il est des cas où, par dérogation au principe, le demandeur se trouve dispensé de faire la preuve du droit qu'il allègue. C'est le résultat des *présomptions légales*. Ex. l'enfant conçu pendant le mariage est dispensé de prouver qu'il a été engendré par le mari de la mère ; c'est la célèbre présomption de paternité de l'a. 312. L'a. 1349 définit les présomptions légales des conséquences que la loi tire d'un fait connu (ou qui peut l'être ; ex. la conception pendant le mariage) à un fait inconnu (ex. la paternité). Leur fondement est dans la probabilité, le *plerumque fit* : dans la plupart des cas, l'enfant issu d'une femme mariée a pour père le mari ; la loi est partie du normal pour formuler la règle, qui se traduit par une *dispense de preuve* pour tous les intéressés. Plus exactement, à la charge d'une preuve difficile (le phénomène

biologique) est substituée la charge d'une preuve facile (la production de l'acte de mariage). Plutôt que dispense de preuve, il y a *déplacement de l'objet de la preuve*.

Les présomptions légales n'ont pas toujours même force : la dispense de preuve peut être provisoire ou définitive. Il est des présomptions qui laissent place à la preuve contraire (*présomptions simples*). Ex. le mari de la mère (a. 312, al. 2) a le droit de faire tomber la présomption de paternité en démontrant qu'il ne peut pas être le père de l'enfant. La présomption aboutit ici à un simple *renversement du fardeau de la preuve*. Dans d'autres cas, elle est *irréfragable* : non seulement il y a dispense de preuve, mais la preuve contraire est interdite. Tel est le sens de *l'autorité de la chose jugée*. Le C.C. (a. 1350-1351) la présente comme une présomption légale : c'est une présomption légale et irréfragable de vérité s'attachant sous certaines conditions à ce qui a déjà été jugé. En aucun cas, on ne pourra remettre en question la chose jugée en offrant de prouver son inexactitude, car ce serait recommencer le procès.

Les présomptions légales, fussent-elles simples, ont une extrême utilité pour la partie au profit de qui elles sont instituées. Non seulement parce qu'elles la dispensent de faire une démonstration qui pourrait lui être difficile, mais parce qu'elles ont pour résultat de laisser à la charge de son adversaire tous les cas douteux, pour lesquels la preuve ne peut être rapportée dans un sens ni dans l'autre (imputabilité du risque de la preuve).

Les présomptions simples sont couramment appelées présomptions *juris tantum* (du droit seulement), et les présomptions irréfragables présomptions *juris et de jure* (du droit et concernant le droit). On peut essayer d'éclairer ces expressions énigmatiques, héritées des glossateurs du Moyen-âge, en remarquant que, si toutes les présomptions légales viennent du droit positif, ont été créées par lui, les présomptions irréfragables ont en outre pour caractère propre de porter sur lui, d'en modifier l'ordonnement.

Les présomptions légales ne sont parfois qu'implicites dans la loi, doivent s'induire de la preuve qu'elle met à la charge d'un demandeur. Ainsi, dans l'a. 489. puisque ceux qui agissent en nullité d'un acte pour trouble mental doivent prouver l'existence de ce trouble au moment de l'acte, il faut lire la présomption (raisonnable et même salutaire) que tout être humain est continûment sain d'esprit.

[176] b) *Les moyens de preuve*. — On distingue *preuves préconstituées*, ou *a priori*, et *preuves a posteriori*.

1°) *Preuves préconstituées*. — Ce sont des preuves écrites, des écrits destinés à faire preuve (*actes*, au sens d'actes instrumentaires, par opposition à l'acte *negotium*, visé dans l'expression "acte juridique"). Elles sont établies d'avance, au moment où les parties créent le droit, pour le cas où un litige surviendrait ensuite. Leur domaine propre est donc le contrat (cf. t. IV, n° 94 s.). On en rencontre parfois l'équivalent, cependant, pour des faits juridiques (ex. preuves des naissances et décès par les actes de l'état civil).

Il existe deux grandes catégories d'écrits destinés à faire preuve : *actes sous seing privé* et *actes authentiques*. L'acte sous seing privé (a. 1322 s.) est celui qui est rédigé librement par les particuliers, sans l'intervention d'un officier public. Il doit être revêtu du seing, c'est-à-dire de la *signature* des parties. La signature est à la fois un procédé *d'identification* et le signe qu'une *volonté* proprement juridique s'est manifestée. Le passage du simple projet à l'acte se marque par l'apposition de la signature.

L'acte sous seing privé a une moindre force probante que l'acte authentique, qui est l'acte reçu par un officier public compétent, dans les formes légalement requises (a. 1317 s.). Sont officiers publics compétents et donnent le caractère

authentique aux actes rédigés par eux les maires en tant qu'officiers de l'état civil, les greffiers, les huissiers, et surtout les notaires, dont c'est la profession que de faire des actes authentiques à la demande des particuliers. L'acte authentique fait foi jusqu'à inscription de faux. L'inscription de faux est une procédure spéciale (a. 303 s., C. Pr. C.) qui sert à constater l'existence d'un faux en écritures. Comme elle est compliquée, et périlleuse pour celui qui l'intenterait sans réussir à démontrer le faux allégué, elle n'est pas volontiers utilisée. C'est dire qu'à l'acte authentique s'attache une force probante qui n'est pas ébranlée facilement. Toutefois, il faut préciser qu'elle ne s'attache pas indistinctement à l'acte tout entier, mais seulement aux mentions que l'officier public a pu vérifier par lui-même, *propriis sensibus* (ex. le notaire a pu entendre les parties déclarer qu'elles voulaient vendre et acheter : l'énonciation qu'il en fait vaudra jusqu'à inscription de faux ; mais si l'acheteur, un homme marié, déclare que l'argent avec lequel il va payer lui est personnel et ne vient pas de la communauté, le notaire n'ayant aucun moyen de vérifier cette déclaration, la mention n'en fera foi que jusqu'à preuve contraire).

[177] 2° *Preuves constituées après coup.* — Si le demandeur ne s'est pas réservé — ou n'a pu se réserver — à l'avance une preuve écrite de son droit, il lui faut en fournir d'autres au juge lorsque le procès est introduit. Pour être ainsi porté en justice, chaque moyen de preuve doit, selon sa nature, se couler dans une procédure particulière, destinée notamment à faire respecter le principe du contradictoire (c'est la procédure de l'*administration de la preuve* (a. 132 s. C. Pr. C.)). Des divers moyens de preuve que connaît notre droit, il en est qui peuvent être dits *objectifs*, d'autres *subjectifs*.

*Moyens objectifs.* — Le plus immédiat est la *constatation directe des faits par le juge* (à ne pas confondre avec la connaissance personnelle qu'il aurait pu en avoir en dehors du procès, connaissance personnelle qu'il a le devoir de refouler de son esprit, car elle violerait le principe du contradictoire). La constatation directe des faits est, au demeurant, rarement praticable (ce sera par ex. la visite des lieux, dans une affaire mettant en cause un immeuble, a. 179 s.).

Le plus souvent, le juge ne constate pas les faits par lui-même, mais délègue un technicien, un homme de l'art (ex. médecin, comptable) pour les constater (a. 232 s.). L'*expertise* (a. 263) est la variété la plus importante de ces *mesures d'instruction* exécutée par des *techniciens*. Il est essentiel d'affirmer qu'en droit le juge n'est jamais lié par les avis d'un technicien (a. 246).

Le *témoignage* est aussi un moyen objectif de preuve, parce qu'il émane d'un *tiers*, non partie au procès, donc supposé impartial (rubrique précédant l'a. 199). Si le contraire apparaissait, le témoignage n'en serait pas moins recueilli, mais il pourrait s'en trouver affaibli (cf. a. 210, 220, al. 1). Les témoins déposent oralement sur des faits dont ils ont eu personnellement connaissance. Leur devoir est de dire la vérité, s'il se peut la vérité objective. Ce qui ajoute à leur crédibilité, c'est le serment qu'ils prêtent (a. 211), et les peines qui planent sur le faux témoin, même en matière civile (a. 363 C.P.). La preuve testimoniale est administrée par une procédure particulière, l'*enquête* (a. 204), dont un diminutif est l'*attestation* (écrite) (a. 200). C'est le tribunal qui, en ordonnant l'enquête, décide si elle aura lieu en audience publique, en chambre du conseil ou devant un juge.

Aux témoignages sont assimilées les *présomptions*, non plus présomptions de la loi, mais présomptions *de l'homme* (l'homme étant ici le magistrat). Ce sont tous indices, tous éléments de conviction appréciés par la réflexion du juge (a. 1353 ; ex. dans un procès de filiation, la ressemblance entre l'enfant et le parent supposé ; la marque des langes de l'enfant trouvé). La loi semble exiger un faisceau

de présomptions concordantes ; mais les tribunaux se contentent parfois d'une présomption unique, si elle est grave et précise.

*Moyens subjectifs.* — Ils sont *subjectifs* parce qu'ils consistent dans des déclarations émanant non d'un tiers, mais de l'un des sujets du procès. On pourrait également les qualifier de moyens *moraux*, car les déclarations dont il s'agit ont pour ressort un certain sentiment moral chez le déclarant.

L'aveu est la déclaration par laquelle l'une des parties, en présence du juge, reconnaît l'exactitude d'un fait qui lui est défavorable, allégué par son adversaire. L'a. 1353-4° présente l'aveu comme une présomption légale : il est rationnel de présumer, en effet, que l'intérêt étant un puissant motif pour mentir, celui qui parle contre son intérêt est sincère. Mais avouera-t-il ? L'aveu, a-t-on dit, est la tentation des coupables : c'est surtout le devoir des honnêtes gens. L'aveu, pour être probant, doit être spontané. Le juge peut, toutefois, le provoquer par ses interrogations, en ordonnant la *comparution personnelle* des parties ou de l'une d'elles (a. 184 s.). Si la partie se dérobe à la comparution ou élude les questions qui lui sont posées, elle crée contre elle un élément de conviction (a. 198), à apprécier parmi d'autres. Mais si elle avoue en présence du juge, son aveu fait pleine foi contre elle (la reine des preuves, dit-on parfois). Au-dessous de cet aveu judiciaire, la loi fait une place à l'*aveu extrajudiciaire* (a. 1355), en lui accordant une moindre force probante (c'est ainsi qu'une lettre missive sera parfois, suivant son contenu, retenue comme aveu extrajudiciaire).

Le *serment* est l'affirmation solennelle, par une partie, d'un fait qui lui est favorable (a. 1357). Que cette affirmation fasse preuve a quelque chose de paradoxal, et dans une société de cyniques on s'étonne que le moyen ait encore quelque utilité. Le postulat est que, par crainte religieuse (originellement, qui prête serment prend la divinité à témoin et s'offre à être châtié un jour par elle s'il avait menti), les hommes hésiteront à se parjurer ; ou, plus laïquement, que par sentiment d'honneur, peur de perdre la face (le serment est prêté, a. 317, devant les magistrats, représentants de la société), outre la menace des peines du faux serment (a. 366 C.P.), il hésitera à mentir. Ce peut être, en tout cas, l'ultime recours : un créancier qui n'a pas d'autre moyen de preuve *déférera le serment* à son débiteur prétendu : c'est-à-dire lui demandera de jurer que la dette alléguée n'existe pas. Si celui à qui le serment est déféré le prête, la preuve est faite en sa faveur : il est irréfragablement présumé ne rien devoir (il y a là encore une présomption, a. 1353-4°). S'il refuse de le prêter, la preuve est faite contre lui que la dette existe. C'est le serment *décisoire* (a. 1358).

[178] 3°) *Admissibilité et valeur respective des différents moyens de preuve.*  
— On peut concevoir deux systèmes opposés : le système des preuves légales, où tout est déterminé par la loi d'une manière limitative et contraignante pour le juge (notre Ancien Droit avait pratiqué le système) ; à l'inverse, un système d'entière liberté d'appréciation, où le juge accorde aux moyens de preuve qui lui sont proposés le crédit qu'il estime bon. Le C.C. suit entre les deux méthodes une voie moyenne.

L'admissibilité des moyens de preuve est limitée très étroitement dans le droit de la famille ; le C.C. y détermine avec rigueur les moyens de preuve utilisables : non seulement pour établir l'existence du mariage, qui est un acte juridique, mais même pour établir la naissance, la filiation, etc., qui sont des faits (cf. t. II, n° 45, 257).

Concernant le droit patrimonial, l'idée inspiratrice est que, lorsqu'il s'agit d'un contrat, les parties ont dû prévoir qu'elles auraient à faire la preuve de leurs droits : en conséquence, elles sont en faute si elles ne se sont pas ménagé une preuve préconstituée. D'où le principe que la preuve des *actes juridiques*, et spécialement des contrats, ne peut être faite qu'à l'aide d'un écrit, la forme de cet écrit étant d'ailleurs

libre en général (cf. t. IV, n° 95). L'exigence est posée par l'a. 1341 pour tous les contrats dans lesquels l'intérêt en jeu dépasse une certaine somme, appelée à être périodiquement réévaluée par décret (actuellement 5.000 F, d. 15 juill. 1980). Toutefois, le principe comporte des tempéraments. Si les parties, sans avoir une preuve écrite préconstituée, peuvent produire un commencement de preuve par écrit défini par l'a. 1347 (une *lettre missive* peut répondre à cette définition), ce commencement de preuve autorisera le recours à des témoignages et présomptions pour faire une preuve complète. De même, comme à l'impossible nul n'est tenu, si les parties ont été dans l'impossibilité matérielle ou morale de se réserver une preuve écrite, ou si l'écrit, ayant d'abord été dressé régulièrement, s'est trouvé ensuite perdu ou détruit par un cas de force majeure, la preuve testimoniale sera recevable (a. 1348, al. 1). Une autre exception, de faveur, a été introduite par la l. 12 juill. 1980 (a. 1348, al. 2) : les banques, les grandes entreprises éprouveraient beaucoup de difficultés à conserver, pendant plusieurs années, les millions d'écrits constatant la masse des contrats qu'elles ont passés ; elles pourront les remplacer par des microfilms qui auront la même force probante que les originaux.

Retour à la nature des choses avec la preuve des *faits juridiques* : elle peut se faire par témoignages ou présomptions (de l'homme), sans être soumise à l'exigence de l'écrit préconstitué (ex. faits générateurs de la responsabilité, a. 1348, al. 1) : il serait bien impossible pour de tels faits de se ménager une preuve écrite.

Il peut parfois s'élever un conflit entre deux moyens de preuves en contradiction. Le C.C. (a. 1341) a prévu un de ces conflits possibles : entre la preuve écrite et la preuve testimoniale, et tranché en faveur de la première, lorsqu'il déclare qu'il ne sera reçu aucune preuve par témoins contre le contenu aux actes et outre le contenu aux actes (la preuve testimoniale ne peut intervenir ni pour contredire une preuve écrite, ni pour y ajouter). Dans d'autres conflits, le juge appréciera librement la valeur qu'il convient d'attacher à chacun des moyens de preuve contradictoires.

On relèvera, cependant, que l'aveu judiciaire et le serment décisore sont, en quelque manière, hors hiérarchie : l'aveu bouscule les autres moyens de preuve : le serment décide du procès en l'absence d'autre moyen de preuve.

## [183] 2 - LA RÉALISATION EXTRA-JUDICIAIRE DES DROITS

Cette réalisation peut être directe ou indirecte : le titulaire d'un droit le réalise en l'exerçant conformément à sa définition ; mais c'est encore, pour lui, une manière de le réaliser que d'en disposer en le *transmettant* à autrui ou même, paradoxalement, en l'abandonnant, en y *renonçant*.

### 1 - L'EXERCICE DES DROITS

Le droit subjectif apparaissant comme une certaine aire d'action circonscrite par le droit objectif, il semble qu'aucune objection ne puisse surgir tant que le titulaire demeure à l'intérieur de cette aire d'action, lors même que de son activité résulterait quelque dommage pour les tiers ; ex. si un propriétaire d'immeuble élève des constructions sur son terrain ; si l'époux, dont l'accord est requis pour fixer la résidence de la famille (a. 215, al. 2), déclare ne pas vouloir de telle ou telle résidence, personne (ni le voisin, ni le conjoint) ne saurait se plaindre. C'est la conception libérale et individualiste : l'exercice d'un droit ne comporte d'autre limitation que celle qui résulte de sa définition matérielle ; ou, en se placant dans le plan de l'a. 1382, il n'y a jamais de faute à user de son droit (*neminem laedit, qui suo jure utitur*) ; le droit confère l'irresponsabilité.

C'est contre quoi se dresse la théorie de l'*abus des droits* (cf. t. IV, n° 230 s.). Si, sans en dépasser les limites matérielles, un individu se sert de son droit pour nuire à autrui ; si, tout en respectant la lettre, il en viole l'esprit, on dira qu'il abuse, non plus qu'il use, de son droit, et cet abus ne peut être juridiquement protégé. Ex. un propriétaire d'immeuble fait édifier une fausse cheminée sans utilité pour lui, uniquement à dessein de boucher le jour du voisin ; le tribunal saisi pourra ordonner la destruction de la fausse cheminée, avec des dommages-intérêts à la charge du propriétaire abusif (c'est le célèbre arrêt *Doerr*, rendu par la cour de Colmar en 1855, D. 55, 2, 9 ; cf. t. 111, n° 167 s.). Un époux, par hostilité à son conjoint, refuse, comme il en a apparemment le droit selon l'a. 215, al. 2, de donner son accord à un changement de résidence, devenu pourtant manifestement nécessaire dans l'intérêt de la famille : il engage sa responsabilité sur le terrain de la cause de divorce, et il ne peut plus prétendre garder près de lui les enfants mineurs : son droit n'est plus juridiquement protégé.

La théorie de l'abus des droits revient à dire que l'exercice d'un droit cesse d'être légitime et constitue une faute, quand il ne peut avoir d'autre but que de causer à autrui un dommage. On a parfois proposé d'aller plus loin, et de considérer comme abusif, donc illicite, même en l'absence d'intention de nuire, d'intention malicieuse, tout exercice d'un droit à des fins autres que celles en vue desquelles ce droit a été reconnu à l'individu ; le seul fait de détourner le droit de sa fonction sociale serait un abus. Ce serait une autre conception du droit subjectif : le droit fonction sociale, conféré à l'individu non pas dans son intérêt égoïste, mais pour lui donner les moyens de rendre service à la collectivité. Il est des droits qui se laissent facilement construire sur ce modèle : ainsi, l'autorité parentale qui est aujourd'hui conçue pour les besoins de l'enfant et de son éducation, plutôt que dans l'intérêt des père et mère (a. 371-2). D'autres s'y prêtent moins, ainsi le droit de propriété, quoique l'on ait souvent parlé, dans la doctrine moderne, de la propriété fonction sociale.

On se demande si la théorie de l'abus des droits a un domaine général. Il semble que certains droits soient discrétionnaires, que leur exercice ne puisse jamais être critiqué sous prétexte d'abus (ex. le droit des père et mère de consentir ou non au mariage de leur fille mineure).

Il ne faut pas confondre l'abus du droit avec la *fraude*, qui est aussi une intention de nuire, mais non pas dans l'exercice d'un droit préexistant. Les tribunaux appliquent une maxime *Fraus omnia corrumpit*. Ce qui a été fait en fraude d'un tiers (cf. a. 1167, a. 1421, al. 1) ou même de la loi sera annulé.

## [184] 2 - LES TRANSMISSIONS

C'est un principe essentiel du droit individualiste et libéral que les droits peuvent être librement transmis, aliénés, cédés. Par exception, il est des droits incessibles (ex. droit au nom, droits de famille) ; mais le principe est la libre cessibilité. Quand le droit transmis est le droit de propriété sur une chose, il semble que ce soit la chose elle-même qui fasse l'objet de la transmission, et dans plusieurs textes (a. 537, 1128, 1598) est inscrit le principe de la libre circulation des biens, corollaire du libéralisme économique.

Les individus qui prennent part à la transmission d'un droit occupent une situation juridique bien définie l'un par rapport à l'autre : celui qui transmet son droit est l'*auteur* de celui à qui il le transmet, et celui qui acquiert le droit est l'*ayant cause* de celui de qui il tient le droit. On distingue deux catégories d'ayants cause, selon que la transmission porte sur une universalité (un patrimoine, ou une fraction de patrimoine), ou, au contraire, sur un ou plusieurs biens considérés à titre particulier, comme biens individualisés. L'héritier est un ayant cause à titre universel, il succède

aux dettes comme à l'actif. L'acheteur est un ayant cause à titre particulier : il ne succède qu'à un bien.

La transmission des droits est dominée par le grand *principe de conservation dans les transmissions de droits*, qui a quelque chose d'analogue au principe de la conservation de la matière en physique. Ce principe (cf. a. 954, 2125, al. 1, et surtout 2182, al. 2) s'exprime en plusieurs formules : "nul ne peut transférer à autrui plus de droits qu'il n'en a lui-même" (*Nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipse habet*) ; "nul ne donne ce qu'il n'a pas" (*Nemo dat quod non habet*) ; donner, comme *dare* en droit romain, ayant ici le sens particulier de "transmettre la propriété". L'ayant cause aura les droits de son auteur, mais n'aura que les droits de son auteur. Si, en la personne de l'auteur, il y avait absence de droit, l'absence de droit se retrouvera en la personne de l'ayant cause. Quand un non-propriétaire vend une chose, l'acheteur sera non-propriétaire, et les ayants cause de son acheteur seront non-propriétaires à leur tour. Du moins est-ce le principe : le défaut de droit se retrouve à perpétuité dans la chaîne des aliénations, à moins que n'intervienne la *prescription*.

Significative, à cet égard, est la prescription que décrit l'a. 2265 : le possesseur de l'immeuble avait traité avec un non-propriétaire par un contrat, ainsi une vente, qui aurait pu être théoriquement translatif de propriété (*juste titre*). et il a traité de *bonne foi*, c'est-à-dire en ignorant le défaut de droit de son cocontractant ; il n'est pas devenu immédiatement propriétaire, mais il le deviendra au bout de dix ou vingt ans. La propriété qui n'existait pas en la personne de l'aliénateur n'a pu être transmise par lui ; mais le temps écoule et la bonne foi créeront une propriété nouvelle en la personne de l'acquéreur.

### [185] 3 - LES RENONCIATIONS

Il semble, en théorie, que le titulaire d'un droit subjectif devrait pouvoir, sans la transmettre à autrui, s'en dépouiller, si telle est sa volonté, l'abdiquer, s'en démettre, y renoncer. Mais la liberté des actes juridiques est limitée par l'ordre public (a. 6). Au nom de l'ordre public, sont interdites les renonciations ayant pour objet certains droits :

- les droits de la personnalité (ils collent à la peau ; ex. le droit à l'intégrité physique) ;
- les droits qui ont le caractère d'une fonction, que le titulaire remplit dans un autre intérêt que le sien propre (ex. l'autorité parentale, a. 376 ; cf. a. 371-2) ;
- les droits futurs, non encore acquis (arg. a. 2220 ; le titulaire du droit est ici protégé contre lui-même, il ne pourrait mesurer d'avance la valeur de ce à quoi il renonce ; tandis que, dans l'a. 791, c'est moins un ordre public de protection que l'ordre public politique qui a été déterminant, il fallait défendre contre des combinaisons aristocratiques le principe de l'égalité entre héritiers).

La renonciation a le profil théorique d'un *acte juridique unilatéral* : quelqu'un, de sa seule volonté, lâche le droit qu'il tenait dans ses mains, il n'a pas à se demander si un autre le ramassera. Mais ce schéma se heurte à une objection intellectuelle : le droit subjectif ne se conçoit pas sans un titulaire. L'objection est levée là où le droit avait été démembré d'un autre droit ; il fera naturellement retour à sa souche (ainsi, la pleine propriété se reconstitue après renonciation de l'usufruitier). Elle est pareillement levée là où préexistait une conjonction ou une séquence d'ayants droit virtuels : les virtualités s'actualiseront dès qu'aura disparu, par renonciation, le droit qui leur faisait écran (ainsi opère le mécanisme des renonciations dans la succession *ab intestat*, a. 786 ; à la limite, l'État se révèle comme le réceptacle qui ne saurait renoncer, a. 768 ; cf. a. 713). La renonciation n'en reste pas moins un acte

unilatéral : l'effet de dépouillement se produit sans qu'il soit nécessaire que se manifeste en regard une volonté réceptrice. On pourrait s'attendre à un automatisme comparable lorsqu'un créancier déclare renoncer à sa créance : le *plus* qui était dans son patrimoine, et qu'il efface, était un *moins* dans le patrimoine du débiteur et devrait se trouver effacé par le fait même. La remise de dette, qui est une renonciation à créance est, cependant, analysée généralement comme une convention, et requiert, partant, le consentement du débiteur (cf. t. IV, n° 252).

### [187] 3 - LA RÉALISATION JUDICIAIRE DES DROITS

Bien que, dans un sens étendu, on parle de contentieux toutes les fois qu'il y a recours à la justice — dans un sens plus précis, le mot suppose un litige, un conflit de prétentions, et l'on oppose, à l'intérieur du droit judiciaire, la *matière contentieuse* (a. 53 s. C. Pr. C.) à la *matière gracieuse* (a. 251 s., 60 s.), où le juge est appelé à intervenir, sans qu'il y ait (du moins actuellement) litige, pour exercer un contrôle sur la requête d'un intéressé (ex. a. 1153, 1167). C'est la juridiction contentieuse qui, étant la plus significative, retiendra ici l'attention.

Nul ne peut se faire justice à soi-même (hormis quelques cas ; ex. a. 673, al. 2 C. C. ; ou encore le droit de rétention, t. IV, n° 194). Si le droit est contesté, il faut en faire déclarer l'existence par le juge, ce qui suppose une *action en justice* et un *procès*, dont les formes sont trop minutieuses pour être présentées ici autrement que par aperçu. Plus qu'aux formes qui sont la trame du procès, nous devons nous intéresser aux *principes directeurs* qui en sont l'esprit, ainsi qu'aux *effets des jugements* qui en sont le terme, car c'est à travers ces effets que l'action en justice fait sa rentrée dans le droit civil.

#### 1 - L'ACTION EN JUSTICE ET LE PROCÈS

L'action est la voie juridique par laquelle une personne s'adresse au juge pour obtenir la reconnaissance et la protection de son droit. Selon des formules classiques, suggestives quoique controversées (opp. la définition de l'a. 30 C. Pr. C.), c'est le droit déduit en justice, passant de la puissance à l'acte, le droit en mouvement, à l'état dynamique, sur pied de guerre. Celui qui agit (*actor*, demandeur) crie justice, se plaint que son droit ait été méconnu, lésé par celui (*reus*, défendeur) qu'il traîne devant le juge ; et il demande que tout soit remis dans l'ordre. L'action revêt la forme technique de la *demande en justice*, qui ouvre le procès (l'instance).

Si le procès peut être évité par une *conciliation* des parties, rien de mieux. "Un mauvais arrangement est préférable à un bon procès", dit un proverbe ancestral, que le droit a pris à son compte (même si c'est avec quelque scepticisme). Un d. 20 mars 1978 a mis en place des *conciliateurs* officieux, et le juge peut toujours, au cours de l'instance, tenter de concilier les parties (a. 127 s. C. Pr. C.). Il serait même dans sa mission de s'y engager (a. 21). Dans le procès en divorce pour faute ou pour rupture de la vie commune, une tentative de conciliation est obligatoire (a. 251) ; mais la conciliation a ici une portée particulière, elle tend à la *réconciliation* des époux. Là où ne sont en jeu que des intérêts pécuniaires, il existe un antidote des procès, la *transaction*, que le C.C. a voulu encourager (a. 2044 s.) : c'est le contrat par lequel les parties, grâce à des concessions réciproques, terminent une contestation déjà née ou préviennent une contestation menaçante.

Pour suivre le *déroulement du procès civil*, nous prenons pour type le procès de droit commun, devant un tribunal de grande instance (a. 750 s. C. Pr. C.). L'instance est introduite par une assignation, qui est un acte d'huissier, signifiée au défendeur à la requête du demandeur ; celui-ci y fait connaître son avocat, ainsi que

l'objet et les moyens, voire les arguments de la demande. En réponse à l'assignation, le défendeur doit constituer avocat dans les quinze jours.

L'affaire est obligatoirement appelée devant le président qui, d'après les explications des avocats et au vu des *conclusions* échangées et des pièces communiquées, peut décider de renvoyer l'affaire directement à l'audience, si elle lui paraît prête à être jugée sur le fond. Sinon, il décide qu'elle sera mise en état, c'est-à-dire instruite sous le contrôle d'un juge (dit *juge de la mise en état*) appartenant à la formation du tribunal qui aura à rendre le jugement.

Ce juge a des pouvoirs étendus (a. 763 s. C. Pr. C.). Il a mission de contrôler le déroulement loyal de la procédure, éventuellement (s'il l'estime à propos) de tenter une conciliation, d'ordonner des mesures d'instruction, telles qu'enquête, expertise, comparution personnelle, communication de pièces. Il peut prendre des mesures provisoires (notamment au cours d'un procès en divorce), statuer sur certains moyens de procédure. Dès que l'état de l'instruction le permet, il renvoie l'affaire à l'audience pour être jugée ; le président peut lui demander d'y joindre un rapport écrit.

À l'audience (a. 430 s. C. Pr. C.), le président dirige les débats. Les avocats sont entendus dans leurs plaidoiries (celui du demandeur avant celui du défendeur, le postulat étant que le dernier qui parle a plus de chances d'être suivi). Exceptionnellement, le représentant du Ministère Public prend la parole (le dernier) pour présenter un avis (cf. *supra*, n° 96). Le tribunal, qui est ici collégial, doit ensuite délibérer et voter, s'il y a partage d'opinion, afin d'arrêter son jugement. Il délibère soit sur le siège, soit en chambre du conseil. Il peut aussi renvoyer le jugement, pour plus ample délibéré (et rédaction), à une date ultérieure.

Que ce soit exprimé ou non dans le jugement, la demande a dû être examinée à deux stades : est-elle *recevable* ? et si oui, est-elle *fondée* ? Le juge n'est tenu d'entrer dans le fond de la question que si certaines conditions préalables sont remplies : ex. que le demandeur ait qualité pour agir, qu'il soit dans les délais pour le faire ; que le tribunal lui-même ait compétence, etc. Ce sont des conditions de *recevabilité* (a. 31, 32, 122). Une demande doit être rejetée si elle est irrecevable, quand bien même on la supposerait fondée. Mais elle doit l'être également si elle n'est pas fondée, quoiqu'elle soit recevable. Il faut au demandeur, pour gagner, que sa demande soit déclarée tout à la fois *recevable* et *bien fondée*.

## 2 - LES PRINCIPES DIRECTEURS DU PROCÈS CIVIL

Sur cette rubrique s'ouvre le C. Pr. C. de 1975. Mais le chapitre qu'elle surplombe n'est pas exhaustif, et il appelle une distinction entre deux types de principes, qui sont différents par l'esprit dont ils procèdent.

### [188] • *Les principes d'équité dans le procès*

La notion du procès équitable est passée du vocabulaire anglo-américain dans les textes internationaux, Déclaration universelle des droits de l'homme (a. 6), Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme (a. 10). Mais, sans user de l'expression, le droit français appliquait les principes qu'elle résume. Ils forment un peu le droit naturel de la procédure. Ils ne vont pas, d'ailleurs, sans des exceptions, admises pour cause de nécessité.

1°) Le principe de la *contradiction* (a. 14, 16) ou, comme on dit couramment, du *contradictoire*. Le juge doit entendre les deux parties, et puisqu'il entend forcément le demandeur qui se plaint, il doit aussi entendre le défendeur. À quoi déroger, à l'évidence, les ordonnances sur requête en matière contentieuse qui ne sont justifiées que parce qu'il faut prendre de vitesse un adversaire présumé prompt à l'esquive (cf. a.

17). À quoi déroge, plus généralement, la procédure du défaut : le droit ne peut laisser le demandeur à la merci d'un défendeur qui cherche, en se dérobant, à entraver le cours de la justice, apparemment parce qu'il a tout à en redouter. Aussi le procès peut-il se poursuivre par défaut (a. 472). Ce qui sauve le principe de contradiction, c'est que le jugement ainsi rendu par défaut sera sujet à une voie de recours particulière, *l'opposition* (a. 476).

2°) Proche, mais distinct, le principe de la *protection de la défense* ou, en termes de procédure civile, des privilèges du défendeur (à l'instar de la faveur accordée à l'accusé dans le procès pénal) : la compétence reconnue, en thèse générale, au tribunal du défendeur (*forum rei*, a. 42) ; la charge de la preuve imposée au demandeur (cf. a. 1315 C.C.) ; la règle qui veut que la défense ait le dernier mot dans les débats (a. 440, al. 2). Ici encore, cependant, des exceptions se sont fait jour : ex. là où le demandeur semble plus digne d'intérêt (client d'une entreprise, créancier d'une pension alimentaire, a. 46), la règle de compétence territoriale est inversée.

3°) Le principe de la *loyauté procédurale* est latent sous des textes fragmentaires (a. 11, 15, 31-1 ; et dans le procès en divorce, a. 259-1 à 259-3 C.C.). Il interdit les fraudes (arg. a. 595), les coups bas, non pas nécessairement les simples ruses de guerre. Si chacun des deux plaideurs devait concourir à la manifestation de la vérité (une seule vérité), comme le lui enjoint, à dessein de moraliser le procès, l'a. 10 C. C., en même temps qu'il se sentirait invité par l'a. 9 C. Pr. C. à travailler pour le succès de sa prétention — on se demande bien comment le procès pourrait se nouer. En pratique, un minimum de loyauté est assuré par la déontologie qui gouverne les rapports entre avocats, ainsi que par le contrôle du juge (a. 3).

4°) Les textes internationaux ont mis en relief le principe de *publicité*, en songeant sans doute davantage aux juridictions pénales. Même au civil, pourtant, c'est un principe de conséquence (a. 22), puisqu'en ouvrant l'instance à un contrôle du dehors, il est une garantie de tous les autres principes. Il s'impose aux deux stades de la procédure, *débats et jugement*, mais avec une force inégale.

Si la règle est que les débats doivent avoir lieu en public, elle comporte une exception, les débats en chambre du conseil, sans public (à *huis clos*, disait-on autrefois). Cette exclusion de la publicité est tantôt obligatoire (a. 433 ; soit en matière gracieuse, systématiquement, a. 434, soit même en matière contentieuse, pour des affaires relevant surtout du droit de la famille, car il y a un secret des familles, ex. a. 248 C.C.), tantôt facultative pour le juge (en référence à l'un des motifs prévus à l'a. 435).

Au contraire, dans tous les cas le jugement (au moins son dispositif) doit être prononcé en public (a. 451 ; la loi n'interdit pas de le bredouiller).

Seulement, à notre époque, la publicité des procès résulte moins de la présence d'un public limité dans la salle d'audience que de la diffusion de l'information dans le grand public par le truchement des médias. La crainte des médias et de leur liberté de principe est, au fond, une publicité virtuelle. Cependant, en parallèle au huis-clos physique, il a fallu établir des restrictions à la liberté de la presse : c'est un régime autonome (loi du 29 juill. 1881, a. 38 *ter* à 39 *quater*), et le parallélisme n'est pas parfait.

#### [189] • *Les principes de technique dans le procès*

Tendant à l'efficacité, non plus à l'équité, ce sont des principes contingents. Ils varient d'un pays à l'autre et ont pu varier au cours de l'histoire. Aussi notre droit procédural, à l'heure actuelle, n'accueille-t-il ces principes qu'en leur incorporant une bonne dose de leurs contraires

1°) Le procès civil est de type *accusatoire* ou *dispositif* (les parties ont le droit d'en disposer), par opposition au type *inquisitoire* (où le juge peut exercer un *pouvoir d'office* pour le diriger). En principe, le procès civil est la chose des plaideurs, et le juge n'y exerce qu'une fonction passive d'arbitre du jeu. Il doit juger selon ce qui a été allégué et prouvé dans le débat, sans pouvoir y substituer ce qu'il peut savoir par connaissance personnelle, ni même ce qu'il voudrait savoir (il n'est pas juge d'instruction) : la matière à juger a été modelée par les conclusions et les plaidoiries. C'est une conception libérale et individualiste, où le C. Pr. C. de 1806 se retrouvait à l'unisson du C. C. de 1804. Mais aujourd'hui, bien que la neutralité du juge fasse toujours figure de principe — sans l'énoncer expressément, le C. Pr. C. de 1975 l'évoque sous différentes facettes, a. 1, 2, 4, 5, 7 (al. 1) et 9 —, de nombreux correctifs y sont apportés dans le sens d'un vaste pouvoir d'office, a. 3, 10, 11, 12 (al. 1, 2), 263, 264 et 763 à 770.

2°) Le procès civil est formaliste : les actes instrumentaires dont il est constitué ne sont valables que s'ils contiennent les mentions, souvent minutieuses, prescrites par la loi (ex. a. 56). Le C. Pr. C. de 1975 a, cependant, atténué cette exigence (cf. a. 112 s.).

3°) Le procès civil est une combinaison *d'oralité* et *d'écriture*. Longtemps l'oralité a prédominé ; les plaidoiries des avocats étaient le moment essentiel. Aujourd'hui le rôle de l'écrit s'est accru (ex. a. 785). Devant la Cour de cassation, la procédure a toujours été écrite (par échange de *mémoires*).

4°) Le procès civil n'impose *pas un contact immédiat* du juge avec les parties. À la différence de ce qui se passe dans le procès pénal, devant les juridictions civiles de droit commun le ministère obligatoire des avocats fait écran entre le magistrat et les plaideurs. Néanmoins, en toute matière, le juge peut faire comparaître personnellement les parties ou l'une d'elles (a. 184 s.).

### [190] 3 - LES EFFETS DES JUGEMENTS

a) *Distinction des jugements selon leurs effets*. — En principe, les jugements sont *déclaratifs* : le juge se borne à constater et à dire le droit préexistant (*juris dictio*). D'où cette conséquence qu'ils *rétroagissent* au jour où le droit est né. L'explication théorique se complète d'un argument pratique : il ne faut pas que la partie dont le droit est reconnu ait à subir un préjudice pour avoir emprunté la voie judiciaire, qui est lente.

Par exception, toutefois, il est des jugements *constitutifs*, créateurs d'un droit nouveau (ex. le jugement d'ouverture de la tutelle, il crée une incapacité, a. 502) Ces jugements ne produisent effet que pour l'avenir ; plus exactement leur effet a pour point de départ le jour où ils acquièrent force de chose jugée (a. 500 C. Pr. C.).

L'opposition des deux catégories ne doit pas être exagérément durcie. Même simplement déclaratif, tout jugement apporte un *plus* à la partie qui l'obtient : le droit qu'elle a fait reconnaître va être armé d'une triple *force* qu'il n'avait pas auparavant : force probante de l'acte authentique (a. 457 C. Pr. C.), force exécutoire inhérente au commandement de l'État (a. 502 s.), permettant l'emploi des voies d'exécution, des saisies et surtout, du point de vue du droit civil, force de chose jugée (a. 500). Sans préjudice d'avantages supplémentaires, lorsque le jugement comporte condamnation du perdant à payer une somme d'argent : garantie d'une hypothèque (*hypothèque judiciaire*, a. 2123 C.C.), intérêts dus de plein droit à un taux renforcé, en cas de résistance à l'exécution (1. 11 juill. 1975, a. 3 ; cf. t. IV, n° 169).

b) *Autorité de la chose jugée*. — Ce qui donne au jugement sa pleine valeur, sa supériorité sur l'accommodement que pourrait tenter entre deux querelleurs un passant de bonne volonté, ce n'est pas d'être conforme à la vérité absolue (où est la vérité ?)

— c'est d'être revêtu par l'État d'une force particulière qui interdit de le remettre en question, parce qu'il faut une fin aux litiges (*autorité de la chose jugée*, a. 1350-3°). Le litige (dès lors que les voies de recours sont épuisées) est vidé, tranché une fois pour toutes, ce qui garantit stabilité, sécurité et paix entre les hommes (a. 480 C. Pr. C.). Le jugement, en un sens, crée toujours un droit nouveau, même quand il semble se contenter de déclarer un droit préexistant.

L'autorité de la chose jugée ne s'attache qu'à ce qui est tranché pratiquement, *décidé*, c'est-à-dire au seul *dispositif* du jugement. Les motifs n'ont pas autorité de chose jugée, à moins qu'ils ne soient intellectuellement inséparables du dispositif (qu'ils en soient, dit la jurisprudence, le soutien nécessaire).

La partie gagnante, si son adversaire essayait de recommencer le procès, pourrait l'arrêter net, sans avoir besoin de prouver le fond de son droit, en se bornant à faire constater qu'il y a eu déjà un jugement rendu sur le même point (c'est ce moyen procédural que l'on nomme *l'exception de chose jugée*). Toutefois, l'autorité de la chose jugée est purement *relative* (a. 1351) : elle ne peut être invoquée qu'autant que le procès est rouvert entre les mêmes parties, pour le même objet et sur la même cause (ex. l'a. 1382 et l'a. 1384, al. I, sont deux causes différentes). Il n'en est autrement que des jugements rendus en matière d'état des personnes, qui sont en principe opposables aux tiers (arg. a. 311 10 ; cf. t. II, n° 267, 270).



**MORCEAUX CHOISIS : 3**

**EXTRAIT DE :**

***INTRODUCTION À LA THÉORIE GÉNÉRALE  
ET À LA PHILOSOPHIE DU DROIT***

Par

**Claude DU PASQUIER**

6ème édition, Éditions Delachaux et Niestlé, 1988, Neuchâtel

**APPLICATION DU DROIT AUX CAS PARTICULIERS**



## CHAPITRE V - L'APPLICATION DU DROIT (\*)

### § 24. Mécanisme de l'application du droit

**141. Notion.** Il s'agit de représenter ce mécanisme dans ce qu'il a de plus schématique.

Appliquer une règle, c'est transposer sur un cas particulier et concret la décision incluse dans la règle abstraite. Le juge pénal qui condamne un escroc *applique* à un coupable la règle qui punit l'escroquerie. Le fonctionnaire fédéral qui refuse une décoration étrangère *applique* à soi-même l'art. 12 de la Constitution fédérale. Lorsque la Suisse a interné à l'intérieur du pays les troupes belligérantes qui se sont réfugiées sur son territoire, elle a *appliqué* l'art. 11 de la Convention de La Haye du 18 octobre 1907 concernant les droits et les devoirs des puissances et des personnes neutres en cas de guerre sur terre.

Cette application comporte donc un passage de l'abstrait au concret, du général au particulier, bref une déduction. Son instrument est le *syllogisme*. Par adaptation de l'allemand, on donne aussi le nom de *subsumption* à cette opération qui place le concret *sous* l'empire de la règle.

**142. Le syllogisme juridique.** Tous les traités de logique exposent qu'un syllogisme est formé d'abord de deux propositions, la majeure et la mineure ; chacune se compose de deux termes : un même terme se retrouve dans la majeure et la mineure. Puis une troisième proposition tire la conclusion. L'exemple classique est celui-ci : Tous les hommes sont mortels. — Paul est un homme. — Donc Paul est mortel.

Le syllogisme juridique peut apparaître avec la même simplicité. Exemple : aux termes de l'art. 457 C.C.S., «les héritiers les plus proches sont les descendants» (du défunt). — Paul et Jean sont les descendants du défunt. — Donc Paul et Jean sont les héritiers.

**143. Syllogisme à faits juridiques multiples.** Toutefois l'opération est souvent plus complexe. Il faut se reporter ici à ce que nous avons expliqué au § 19 concernant les éléments de la règle de droit, spécialement à la division de celle-ci en faits juridiques et dispositif (conditions d'application et conséquences). La majeure du syllogisme comporte l'énoncé de la règle ; les deux termes — parfois ramifiés — en sont les faits juridiques (Tatbestand) et le dispositif. La mineure constate l'identité

---

(\*) Extrait de l'ouvrage de Claude Du Pasquier, *Introduction à la théorie générale et à la philosophie du Droit*, p. 726 et s. sixième édition, Delachaux et Niestlé Éditeurs, 1988, Neuchâtel, publié avec l'aimable autorisation de l'auteur et de l'éditeur.

des faits concrets et des faits juridiques. La conclusion transporte sur les faits concrets les conséquences énoncées par le dispositif.

Empruntons un exemple à la jurisprudence. L'art. 371 C.C.S. dispose : «Sera pourvu d'un tuteur tout majeur condamné pour un an ou plus à une peine privative de la liberté.

«L'autorité chargée de l'exécution des jugements est tenue d'informer sans délai l'autorité compétente que le condamné a commencé sa peine».

Pour que cet article puisse être appliqué, il faut :

- a) que la personne à pourvoir d'un tuteur soit majeure — sinon il faudrait appliquer les dispositions relatives à la tutelle des mineurs ;
- b) que cette personne ait été condamnée et non pas seulement incarcérée en détention préventive ;
- c) que la condamnation comporte une peine privative de la liberté (emprisonnement, réclusion, etc.) ;
- d) que la durée de cette peine atteigne ou dépasse un an ;
- e) que le condamné ait commencé à subir sa peine.

L'énoncé de ces cinq faits juridiques forme la *majeure* du syllogisme. L'autorité tutélaire qui doit nommer le tuteur s'assure que, dans le cas du condamné X, ils sont réalisés ; dans l'affirmative, elle formule la *mineure* du syllogisme. À titre de *conclusion*, elle déclare qu'il y a lieu de pourvoir X d'un tuteur.

Si une seule de ces cinq conditions d'application fait défaut, par exemple s'il s'agit d'un accusé non encore jugé, l'art. 371 ne peut être appliqué, faute de réalisation des faits juridiques *b* et *e* (1).

**144. Syllogismes successifs.** Lorsque les conditions d'application d'une règle comportent l'application préalable d'autres règles, le raisonnement se décompose en une série de syllogismes successifs. Pour reprendre l'exemple de l'acheteur à qui a été livrée une marchandise défectueuse (N° 115), on peut constituer la chaîne suivante :

- a) La vente est un contrat par lequel le vendeur s'oblige à livrer la chose vendue à l'acheteur et à lui en transférer la propriété moyennant un prix que l'acheteur s'engage à lui payer (C.O. art. 184, C.C.Fr. art. 1582). — X s'est obligé à livrer telle marchandise à Y et à lui en transférer la propriété moyennant un prix qu'Y s'engageait à lui payer. — Donc X est vendeur et Y acheteur.
- b) L'acheteur a l'obligation de vérifier la chose reçue aussitôt qu'il le peut ; s'il découvre des défauts dont le vendeur est garant, il doit l'en aviser sans délai, sinon la chose est tenue pour acceptée (C.O. art. 201, C.C.Fr. art. 1648). — Y a vérifié la marchandise sitôt reçue et a signalé immédiatement à X les défauts. — Donc Y n'est pas réputé avoir accepté la marchandise.
- c) Le vendeur est tenu de garantir l'acheteur tant en raison des qualités promises qu'en raison des défauts qui enlèvent à la chose soit sa valeur, soit son utilité prévue... (C.O. art. 197, C.C.Fr. art. 1641). — Les défauts constatés et signalés par Y enlèvent à la chose toute valeur. — Donc X est garant de ces défauts envers Y.
- d) Dans les cas de garantie en raison des défauts de la chose, l'acheteur a le choix ou de faire résilier la vente ou de réclamer une réduction de prix (C.O. art. 205, C.C.Fr. art. 1644). — Le vendeur X est garant envers l'acheteur Y des défauts de la marchandise. — Donc Y a le choix entre la résiliation de la vente et la réduction de prix.

Si l'on veut réunir, comme en un bouquet, les diverses conditions dont dépend la dernière des règles que nous venons d'appliquer, celle de l'art. 205, on dira :

- 1. si une vente a été conclue entre deux personnes (art. 184) ;

(1) A.T.F. 62 II, p. 68.

2. si la marchandise livrée par le vendeur est entachée de défauts qui lui enlèvent une part importante de sa valeur (art. 197) ;
3. si l'acheteur a vérifié et signalé les défauts en temps utile (art. 210)...

Avant de reconnaître à l'acheteur le droit de résilier la vente ou de faire réduire le prix, il faudra donc examiner si ces conditions sont réunies dans le cas concret. Ainsi se manifeste dans l'application du droit l'enchaînement des règles que nous avons expliqué au N° 115.

**145. Vérification des faits juridiques.** De l'analyse à laquelle nous venons de nous livrer résulte qu'avant d'appliquer une règle, le juriste doit procéder à une confrontation entre les faits juridiques de cette règle et les éléments réels du cas concret : ce n'est que si l'abstrait « plaque » sur le concret que la règle est « applicable ».

Comme nous l'avons vu au N° 113, cet examen peut comporter une simple étude des faits, ce qui n'implique pas nécessairement des faits matériels et peut mettre en cause des faits d'ordre psychologique tels que l'intention ou la bonne foi. Il peut aussi comporter la solution d'une question de droit (nature d'un contrat, validité d'un testament, existence d'un droit réel, applicabilité d'une loi aux parties (2), qualification juridique d'un fait).

**146. Application du dispositif.** La constatation qui identifie le cas concret aux faits juridiques a pour conséquence l'application du dispositif de la règle. Celui-ci impose parfois une solution pure et simple, une décision toute faite : il en est ainsi lorsque la règle la formule catégoriquement et sans possibilité de choix : peine de mort pour l'assassinat suivant l'art. 302 du Code pénal français ; acquisition par la femme du droit de cité de son mari lors de son mariage (Constitution fédérale, art. 54, al. 4). Mais souvent doit intervenir encore une volonté déterminante : ce peut être la décision d'une personne en cause : c'est ainsi qu'en vertu d'un contrat bilatéral, lorsque le débiteur ne s'est pas exécuté, le créancier peut opter entre les solutions offertes par l'art. 107 C.O. Souvent aussi c'est le juge qui doit prendre la décision : le juge pénal fixe la peine dont le cadre seul est indiqué par la règle ; le juge civil fixe le mode de réparation morale en présence d'une grave atteinte aux intérêts personnels du demandeur (C.O. art. 49 al. 2) et détermine en d'innombrables circonstances le montant des dommages-intérêts. L'autorité administrative est aussi appelée à se prononcer : le pouvoir exécutif fixe la date des élections suivant les directives de la loi ou de la constitution.

### § 25. L'application

**147 - Abrogation et dérogation.** Le mécanisme logique que nous venons d'exposer implique la fixité de la règle et la certitude de la majeure du syllogisme. Mais lorsque le droit se transforme, qu'une nouvelle règle succède à une règle ancienne, il se peut qu'une question préalable se pose, celle de savoir quelle règle est en vigueur.

S'il s'agit d'une coutume, on examinera si la coutume ancienne est tombée en désuétude et si une coutume nouvelle s'est affirmée (v. N° 62).

S'il s'agit d'une loi, la date de son entrée en vigueur aura été fixée par le législateur ou par le pouvoir exécutif. Souvent le législateur formule expressément l'*abrogation*, c'est-à-dire la suppression de telle loi ou de telle règle. Mais d'autres

(2) A.T.F. 62 II, p. 177, cons. 1.

fois l'abrogation est *tacite* : elle résulte de l'identité d'objet et de la contrariété entre l'ancien et le nouveau droit.

Lorsqu'une loi nouvelle, sans abroger des règles existantes, leur apporte seulement des exceptions, on dit qu'elle y *déroge*. Le droit nouveau l'emporte sur le droit ancien : *lex posterior derogat priori*.

148. **Conflit entre règle générale et règle spéciale.** Toutefois des questions délicates peuvent se poser lorsque se heurtent deux règles datant d'époques différentes et dont l'une a une portée générale, l'autre une portée restreinte. Si la plus ancienne est générale (par exemple : toutes les personnes morales doivent l'impôt) tandis que la plus récente est spéciale (les institutions d'utilité publique sont exemptées d'impôt), il est évident que la seconde apporte une exception à la première : *specialia generalibus derogant*.

Mais si c'est la règle récente qui est générale et si la plus ancienne est spéciale, on peut raisonner de deux manières : ou bien on considère la règle nouvelle comme balayant tout ce qui lui est contraire ; ou bien on lui sous-entend la formule — d'ailleurs fréquemment exprimée — «sous réserve des exceptions déjà consacrées» ; *generalia specialibus non derogant*. Entre ces deux interprétations opposées, c'est l'étude des deux lois qui devra inspirer la réponse : le but poursuivi par le législateur lorsqu'il a édicté la loi nouvelle fournit la clef.

149. **La rétroactivité.** Toutes les difficultés ne sont pas écartées lorsqu'on connaît le droit en vigueur, car il se peut que les faits réels dont il s'agit se soient produits — entièrement ou partiellement — sous l'empire de la loi ancienne, alors qu'à l'époque de l'application la loi nouvelle est en force. Ainsi la loi applicable à une succession testamentaire en litige est-elle celle qui était en vigueur lors de la rédaction du testament ou celle de l'époque du décès ou encore celle qui règne au moment où se juge la contestation ?

Le principe général est celui de la non-rétroactivité des lois, formulé déjà par la Déclaration des droits de l'homme et repris par l'art. 2 du C.C.Fr. : «La loi ne dispose que pour l'avenir ; elle n'a point d'effet rétroactif.». Dès lors les faits antérieurs à la loi nouvelle sont régis par le droit ancien.

# MORCEAUX CHOISIS : 4

EXTRAIT DE :

***PRINCIPES D'UNE RÉALISATION MÉTHODIQUE  
DU DROIT PRIVÉ.  
LA THÉORIE DES ÉLÉMENTS GÉNÉRATEURS DES  
DROITS SUBJECTIFS***

Par

Henri MOTULSKY

Sirey 1948, réimpression Dalloz 1991

## A) PRÉFACE DE PAUL ROUBIER

Méthode de "L'application de la règle aux espèces judiciaires" (principes qui la  
dominent)

## B) INTRODUCTION DE HENRI MOTULSKY

Réalisation méthodique du Droit



## PRÉFACE (\*)

*C'est une grande lacune de la théorie générale du droit que vient combler le travail important de M. Motulsky. Si des efforts considérables ont été faits depuis cinquante ans pour approfondir des problèmes comme celui de l'élaboration ou de l'interprétation des règles juridiques, en revanche le problème de l'application de la règle aux espèces judiciaires n'a guère été jusqu'ici qu'effleuré, et cependant la réalisation du droit est bien un problème de première importance. Comme le dit très bien l'auteur, le droit n'atteint sa plénitude qu'en se réalisant. Il est nécessaire que le juriste sache dégager des faits la substance juridique qu'ils contiennent, en vue de l'application de telle ou telle règle de droit.*

*Car le droit est fait pour la réalisation journalière dans les cas d'espèce ; l'auteur emprunte à Ihering cette formule saisissante que "la réalisation est la vie et la vérité du droit" ; mais à la différence de ce jurisconsulte, il ne se satisfait pas de cette formule et cherche à établir les bases d'une nouvelle science, celle de la méthode d'application du droit. Tous ceux qui, comme lui, ont approché le travail du juge, considèrent qu'il n'est pas de tâche plus importante que de fixer les bases méthodiques de l'application de la règle juridique aux faits. On est même en droit de dire que le cycle des études juridiques n'est pas complet si on néglige un tel problème, et c'est avec raison que l'auteur, en tirant dans ses conclusions les conséquences pratiques de son livre, veut faire une matière d'enseignement des principes qui commandent la réalisation méthodique du droit.*

*Cet ouvrage se présente ainsi comme un ouvrage de technique juridique ; mais on aurait tort de croire que l'auteur est guidé par une tendance entièrement formaliste, c'est-à-dire qu'il se représente le droit sous l'apparence de formules et de mécanismes logiques, d'où on pourrait tirer, en toute indifférence, des résultats "raisonnables ou bizarres". Fort exactement, il rappelle que, dans l'élaboration et dans l'interprétation de la règle, les méthodes formalistes sont très sujettes à caution ; cependant lorsqu'il s'agit seulement d'appliquer la règle, ces critiques doivent cesser, car on applique la règle telle qu'elle est, sans doute, mais c'est au stade précédent, à celui de l'élaboration et de l'interprétation, qu'il convient de ne pas livrer à la pratique des règles mauvaises.*

*Avant tout l'auteur a entrepris de combattre l'empirisme, qui tend à faire croire qu'il n'y a pas de principe ni de méthode dans la réalisation du droit, que c'est seulement une question de doigté et de tact du praticien. Et sans doute, les praticiens qui auront bien pénétré les secrets de sa méthode, aboutiront sans effort, et presque automatiquement, à extraire d'une affaire toute sa substance juridique, à poser le litige dans ses termes exacts, à trouver les arguments pertinents et précis. Mais il ne faudrait pas en conclure qu'il n'y a ni règles ni principes dans la matière, que tout*

---

(\*) Extrait de l'ouvrage de Henri Motulsky, Principes d'une réalisation méthodique du droit privé. La théorie des éléments générateurs des droits subjectifs, Préface de Paul Roubier, Sirey, 1948, Réimp. Dalloz 1991, publié avec l'aimable autorisation de l'éditeur.

relève d'une intuition directe du juge, laquelle pourrait bien être souvent une manifestation de jugement arbitraire, c'est-à-dire le contraire même du droit.

Ainsi le cadre technique dans lequel l'auteur s'est enfermé représente cependant pour lui un idéal élevé, l'idéal du droit, qu'il juge nécessaire à la dignité de l'espèce humaine. A ce point de vue, son travail, bien que dominé par une technique très minutieuse, n'est pas étouffé par elle ; il respire l'idéalisme. L'auteur recourt constamment aux principes généraux du droit : il ne craint pas d'affirmer que les actes arbitraires du législateur, qui ne correspondent pas à des bases rationnelles, n'auront jamais qu'une portée précaire (n° 87). Ce qui compte, affirme-t-il ailleurs (n° 104), ce ne sont pas les solutions établies, c'est la vérité juridique "La doctrine, dit-il encore (n° 126), ne doit pas se borner à enregistrer les oscillations de la jurisprudence ; elle doit, justement, confronter la construction dogmatique avec les solutions pratiques, et, tout en recevant l'impulsion que peuvent lui apporter ces dernières, servir de guide aux praticiens, et, s'il le faut, combattre les entraînements et les erreurs auxquels ils peuvent se laisser aller. Si elle se met purement et simplement à la remorque de la pratique, la science trahit sa mission". Il ne se fait pas faute d'ailleurs de relever les incohérences dont souffre la jurisprudence (n° 141) et qui imposent de mettre en lumière "les principes immuables appelés à dominer la réalisation du droit".

La recherche de ces principes généraux va entraîner l'auteur jusqu'aux sommets de la théorie générale du droit. Il lui faut d'abord prendre contact avec la structure même de la règle juridique pour savoir comment elle doit s'appliquer. Or, il voit l'essentiel de cette structure (n° 16) dans le fait que la loi rattache tel effet juridique à telle conduite donnée : si on a contracté sur la base d'une cause illicite, le contrat sera frappé de nullité. C'est là une structure logique invariable, qui rattache l'impératif juridique à telle conduite présumée.

Cet impératif juridique pourra ainsi être déclenché par telle personne comme conséquence de l'effet de la règle juridique, et on dira alors que cette personne est investie d'un droit subjectif (n° 26). Nous avons dès lors les éléments de la réalisation du droit : réaliser le droit, en effet, c'est rechercher si un fait donné s'intègre ou non dans le cadre d'une règle de droit, c'est-à-dire donne, ou non, naissance à un droit subjectif. Ainsi l'auteur, en veine de logique, réhabilite le syllogisme juridique, et le défend habilement contre toutes les critiques qu'il a encourues.

Le lecteur appréciera les beaux développements de M. Motulsky (n° 54 et ss.) sur le travail du juriste, qui doit commencer à rechercher la règle possible (hypothèse), avant de trouver la règle applicable (vérification). L'auteur découvre en définitive le pivot de la réalisation méthodique du droit (n° 76) dans la détermination des éléments qui donnent naissance au droit subjectif, puisque ces éléments correspondent à la conduite présumée, par hypothèse, dans la règle de droit. Dès lors, il ne lui reste plus qu'à montrer les nombreuses illustrations de sa méthode dans le champ de la lutte judiciaire, soit qu'il étudie les charges qui pèsent sur les parties litigantes, charge de l'allégation ou charge de la preuve, soit qu'il étudie le rôle du juge, et plus spécialement le contrôle qui appartient à la Cour de cassation sur la saine application du droit.

Appuyé sur des bases logiques irrécusables, le raisonnement juridique, tel que le construit l'auteur, a un caractère pressant et rigoureux ; on peut dire qu'il donne pleine satisfaction dans ce domaine, où la construction de syllogismes en bonne forme a le très grand avantage d'éliminer l'arbitraire dans la solution des cas particuliers, et de permettre que soit dispensée une véritable justice aux plaideurs. L'auteur a visiblement à cœur de former des magistrats et des avocats, dont les raisonnements sans défaillance doivent emporter la conviction. Certes il sait bien que

*la technique n'est pas tout, qu'il y a dans l'élaboration ou l'interprétation des règles juridiques une grande part de politique, qui ne se contente pas d'abstractions et doit prendre contact avec les réalités. Mais lorsqu'il s'agit de l'application de la règle aux cas particuliers, n'est-il pas vrai que la logique reprend ses droits, et qu'une technique bien construite est seule capable d'apporter aux plaideurs l'apaisement, en leur démontrant les nécessités rationnelles qui imposent la solution ? Ainsi l'auteur veut-il armer les modernes chevaliers du droit d'une méthode irréprochable, qui leur permette de porter les coups les plus droits dans cette lutte sainte, qui est le combat pour la réalisation du droit sur la terre.*

Paul ROUBIER,  
Professeur à la Faculté de Droit de Lyon

# INTRODUCTION (\*)

1. Chose curieuse : cette science sans laquelle la vie en société serait sinon inconcevable, du moins impossible pratiquement; cette science qui est la seule dont la matière brute soit à proprement parler constituée par la totalité des phénomènes humains ; cette science merveilleusement protéiforme, dont les siècles qui passent élargissent toujours davantage le champ de rayonnement, le Droit demeure courbé sous le poids d'un empirisme qu'aucun qualificatif euphémiste n'arrive à dissimuler.

Tact, habitude, expérience, tour de main, pratique, voilà les mots qui reviennent toujours quand il est question de l'activité juridique (1). Est-ce digne de la *jurisprudencia*, téléologique par nature, raisonnante par nécessité, de se voir ainsi interdire l'accès de la science des sciences : la méthodologie ?

La méthode doit conquérir son droit de cité dans la science juridique.

Des efforts ont été déjà faits en ce sens (2). Ils continuent. Ils commencent à porter fruit. Un jour, la méthodologie juridique sera faite.

En attendant, c'est pierre par pierre qu'il faut échafauder l'édifice. Or, celui-ci sera vaste, puisqu'il devra englober, pour reprendre les termes devenus classiques par les travaux de M. Gény, le "donné" aussi bien que le "construit", la "Science" aussi bien que "l'Art" et la "Technique" (3). Autrement dit, les principes à élaborer devront avoir pour objet, d'une part, la recherche et l'enregistrement, en vue de l'action du Droit, des réalités qui en forment la matière brute : les manifestations de la vie d'ordre social, historique, politique, religieux, économique, psychologique, rationnel et moral ("Science") ; d'autre part, l'adaptation de ce "donné" aux besoins du commerce juridique au moyen des moules artificiels dont le juriste doit se servir pour parvenir aux fins concrètes du Droit et dont il y a lieu de déterminer, et le contenu ("Art"), et l'aspect extérieur et le fonctionnement ("Technique").

2. Ces fins concrètes, les savants et les chercheurs n'ont que trop tendance à les mépriser ou du moins à les négliger.

C'est avec un véritable dédain que certains auteurs rejettent dans les ténèbres de l'empirisme inconscient les préoccupations d'ordre "purement pratique", relatives à "l'application journalière" du Droit (4).

Sans aller jusque-là, tous les autres renoncent, à tout le moins, à faire, dans la méthodologie juridique, une place à la réalisation du Droit. Ihering a beau s'écrier, dans une phrase aussi bien frappée que profondément vraie, que "la réalisation est la vie et la vérité du Droit" (5), — on chercherait en vain dans son œuvre des principes propres à guider la pensée du juriste dans cette tâche, belle et humble à la fois, qui

(\*) Extrait de l'ouvrage de Henri Motulsky, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé. La théorie des éléments générateurs des droits subjectifs*, Introduction, p. 1 à 5, Sirey, 1948, Réimp. Dalloz 1991.

(1) C'est ce qu'a déjà dénoncé M. Gény (*Science et Technique* t. Ier, p. 14) et, avant lui, Ihering (*Esprit du Droit romain*, t. III, § 42, p. 4).

(2) Gény, *Méthode d'interprétation* ; Gény, *Science et Technique* ; Roubier, *Théorie générale* ; Larnaude et autres, *Les Méthodes juridiques*, Dabin, *Technique de l'élaboration* ; Delaroue, *Méthode du droit*, Roume, *À propos de la méthode juridique* ; E.-H. Perreau, *Technique de la jurisprudence* ; Micescou, *Technique juridique* ; Mallieux, *Exégèse des Codes* ; van der Eycken, *Méthode d'interprétation* ; Condomine, *Théorie juridique* ; Marasco, *Expression et concrétisation du Droit*.

(3) Sur la nécessité de distinguer entre ces trois facteurs, v. Roubier, *Théorie générale*, N° 17, p. 154 et suiv.

(4) Roume, *Méthode juridique*, p. 90, 173.

(5) *Esprit du Droit romain*, t. III, § 43, p. 15.

consiste à ramener le Droit "des hautes sphères de la philosophie... aux zones inférieures des difficultés journalières". Et M. Demogue, à qui nous empruntons cette formule (6), ne s'est pas davantage attaché à lui insuffler vie.

À son tour, M. Roubier, dans sa magistrale "Théorie générale du Droit", a pu écarter délibérément l'application du Droit du domaine de la technique juridique et limiter cette dernière à "l'étude de l'ensemble des moyens par lesquels est traduit, à l'état de règle, le but qui a été entrevu par la politique juridique", donc à la création et à l'interprétation des règles du Droit (7).

Enfin, M. Gény, qui a donné au monde du Droit le premier grand miroir de la pensée juridique, a borné, lui aussi, ses investigations au seul travail d'élaboration et d'interprétation. Quant à la réalisation proprement dite du Droit, il n'hésite pas à préconiser cet empirisme dont, à juste titre, il combat pourtant le principe : "à cet objectif, écrit-il (8), le tact et le doigté du praticien contribueront mieux que la pénétration du penseur".

Tel n'est point notre avis.

Avec Ihering, nous croyons que la réalisation est la branche la plus importante du Droit ; et nous estimons que la renonciation à la pensée méthodique n'est pas plus admissible en cette matière que dans les autres domaines de la technique juridique. La réalisation du Droit, comme toute activité de l'esprit, comporte un mécanisme qui fonctionne d'après certains principes, et dont il doit être possible de mettre à nu les rouages.

C'est à ce "démontage" que sont consacrées les pages qui suivent.

Elles traiteront donc de la réalisation du Droit. Elles tendront à démontrer que cette réalisation, loin d'être seulement affaire de "tact et d'habitude", exige, au contraire, en tant qu'elle est œuvre consciente, d'être "systématisée".

3. Le titre de notre étude délimite la tâche que celle-ci se propose d'accomplir.

En désignant comme objet la "*réalisation*" du Droit, ce titre fixe le secteur de l'activité juridique sur lequel il s'agit de projeter quelques lumières : c'est d'une parcelle du vaste domaine de la "technique", voire de la "pratique" qu'il sera question. On ne trouvera point ici de spéculations sur les grands problèmes de la philosophie du Droit. Si attachantes que soient ces questions, nous ne pourrions nous préoccuper ni du "concert du Droit", ni de son fondement ; et nous ne pourrions pas davantage nous arrêter aux multiples problèmes et controverses que suscite la question de l'existence et de l'action d'un Droit "idéal" ou "naturel" (9).

Il s'ensuit que le "*Droit*" dont la réalisation est ici en jeu est ce qu'on appelle le Droit "positif", celui qui "à un moment donné régit un peuple donné". Comme il s'agit d'un simple terrain d'expérience, n'importe quel Droit positif pourrait en fournir la matière : c'est pour une raison de commodité que nous nous en tiendrons au "Droit privé français contemporain".

La réalisation "*methodique*" de ce Droit, voilà l'objectif dernier et le centre de nos préoccupations. C'est afin de déceler les méandres de la pensée proprement juridique qu'il sera nécessaire de serrer de plus près certaines notions qui nous paraissent former les bases mêmes de la méthode de réalisation : la *règle de Droit*, le *droit subjectif*, et — clef de voûte dont nous découvrirons chemin faisant l'importance décisive — les *éléments générateurs* de ce dernier.

(6) Notions fondamentales, p. 257.

(7) N° 9, p. 75 ; cf. n° 17, p. 158.

(8) Science et Technique, t. Ier, p. 192. On trouvera l'expression d'une idée analogue chez M. Larnaude (Méthodes, p. 4).

(9) Voir, sur tous ces points, Roubier, Théorie générale, n° 10 et suiv.

Mais si nous nous attachons ainsi à la méthode de la réalisation du Droit, il nous paraît impossible d'en élaborer d'emblée la théorie d'ensemble. Nous nous bornerons à poser des "*principes*" susceptibles d'être utilisés pour une telle construction. Aussi, renonçant, dans la mesure du possible, à refaire du travail déjà fait, ce qui nous importera le plus, ce sera de faire pressentir, à l'aide simplement de quelques problèmes de la pratique judiciaire, l'intérêt que présente le recours aux principes d'une réalisation méthodique.

Si cette démonstration devait s'avérer concluante, elle comporterait un double corollaire d'une importance considérable : les principes dont il s'agit devraient être introduits dans la *pratique judiciaire*, — et l'*enseignement juridique* devrait en tenir compte.

4. Mais, dès l'abord, il convient de se garder d'un malentendu.

Il ne s'agit pas, ici, de trouver des "recettes" ni de préconiser de ces constructions juridiques qui, selon la jolie formule de M. Demogue (10), ne seraient que des "machines logiques fournissant avec la même force les solutions raisonnables comme les plus bizarres". Que l'on ne confonde pas, surtout, la méthode de la réalisation avec un rigorisme outrancier, un fétichisme littéral ou d'autres péchés capitaux ! La méthode, on le sait, n'est qu'une manière de conduire la pensée ; et la méthode de la réalisation, elle, ne donne de directives que quant à l'*utilisation* de la matière juridique : elle ne crée pas celle-ci et même se désintéresse aussi bien de la façon dont s'est faite cette création que de son résultat. Elle enseigne l'art de se servir des moules dans lesquels est coulée la matière : elle ne les fournit pas ; et encore moins est-elle responsable de leur contenu. Or, s'il y a un danger, il ne réside point, à coup sûr, dans un excès de discernement : c'est au législateur qu'il incombe d'être vigilant lorsqu'il crée les moules ; à l'interprète, lorsqu'il veut les remplir. La méthode de la réalisation n'a rien à voir dans ces problèmes. Elle ne saurait être touchée par le grief de dessécher la matière vivante : elle ne lui fait subir aucune altération : elle se borne à la manier telle qu'elle la trouve.

Que si l'on estime, par contre, que la recherche même d'une méthode de réalisation doit être considérée *a priori* comme pernicieuse, et qu'il vaut mieux tâtonner dans l'empirisme par une "appréciation directe des intérêts sociaux", plutôt que de se fier à la précision de principes rationnels, alors la discussion, bien entendu, perd sa raison d'être. Mais en même temps, nous semble-t-il, le Droit perd la sienne aussi. Car s'il renonce aux critères objectifs, il se renie lui-même : sombrer dans le subjectivisme quand il s'agit du Droit, c'est laisser libre cours à l'arbitraire.

5. Et voici que cette constatation nous permet de faire précéder un travail de technique juridique d'une profession de foi. Nous croyons à la mission et à la force du Droit ; nous croyons que le salut du monde est lié à son action. L'humanité n'aura conquis sa dignité, bien plus : elle ne se sera sauvée de la destruction qui la menace que le jour où le monde sera organisé juridiquement. La marche vers cette organisation a déjà conduit "des clans aux Empires" (11) : il n'y a aucune raison pour qu'elle s'arrête, et que l'humanité se fige à un stade déjà dépassé par l'évolution matérielle.

S'il existe aujourd'hui un seul combat sacré, c'est la lutte pour le Droit. À travers tant de désirs informulés, c'est le règne du Droit qu'appellent les aspirations humaines. Justice et Charité restent des songes : la réalité possible, c'est le Droit.

Aidons-le à se réaliser.

(10) Op. cit., p. 263.

(11) Titre d'un livre de MM. Moret et Davy, Paris, 1923.

# MORCEAUX CHOISIS : 5

EXTRAIT DU :

## *TRAITÉ DE DROIT CIVIL*

Sous la direction de

Jacques GHESTIN

Introduction générale, 3ème édition 1990,  
par Jacques GHESTIN et Gilles GOUBEAUX, L.G.D.J.

**I - LE SYLLOGISME JUDICIAIRE**

**II - LE RÔLE DE LA LOGIQUE DANS LA DÉCISION JUDICIAIRE**



# I. — LE SYLLOGISME JUDICIAIRE (\*)

46.— Si les *manifestations* du syllogisme judiciaire sont évidentes, il ne peut avoir dans le raisonnement juridique qu'une *portée relative*.

## A. — LES MANIFESTATIONS DU SYLLOGISME JUDICIAIRE

### 47. — La description du syllogisme judiciaire

Le jugement représente classiquement un syllogisme. La règle de droit en est la majeure ; la constatation des faits de l'espèce, la mineure ; la décision elle-même constitue la conclusion. Par exemple l'article 1382 C. civ. dispose que "tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer". C'est la *majeure*. Comme toute règle juridique elle comporte deux parties : la première présuppose une certaine conduite ; la seconde énonce l'effet juridique que le législateur fait découler de cette conduite présupposée. La mineure du syllogisme va consister dans la constatation de cette conduite présupposée. Un automobiliste qui, circulant sur le côté gauche de la chaussée, a blessé un cyclomotoriste qui arrivait en face de lui, a causé par sa faute un dommage ; c'est la *mineure*. Il doit réparer ce dommage, c'est la *conclusion*, qui se traduira par une condamnation à des dommages-intérêts.

En réalité le syllogisme se décompose le plus souvent en plusieurs syllogismes successifs. Dans l'exemple choisi, pour arriver à la conclusion que l'automobiliste a commis une faute, il faut partir de la règle selon laquelle la circulation s'effectue sur la partie droite de la chaussée (majeure), constater qu'il circulait sur la partie gauche (mineure) et en conclure qu'il a commis une faute (conclusion).

48. — Ce raisonnement déductif apparaît avec une netteté particulière dans la rédaction des arrêts de la Cour de cassation et des pourvois par lesquels les décisions des juges du fond sont soumises à la censure de celle-ci (31).

Par exemple, dans un arrêt du 22 juillet 1975 (32) la Cour de cassation pose la règle qui constitue la majeure du syllogisme : "Attendu que pour compléter un commencement de preuve par écrit, le juge doit se fonder sur un élément extrinsèque à ce document". Elle constate ensuite que la cour d'appel, après avoir énoncé que l'arrêt de compte produit pour justifier d'une créance valait seulement, en raison de son irrégularité formelle, commencement de preuve par écrit, avait admis l'existence de la créance alléguée "au motif qu'il y avait en outre, une présomption résultant de ce que le texte de ce document mentionnait que son signataire approuvait expressément le compte". C'est la mineure.

\* Extrait du Traité de droit civil sous la direction de J. Ghestin, Introduction générale, 3ème édition, 1990, par Jacques Ghestin et Gilles Goubeaux, L.G.D.J., p. 36 à 47, publié avec l'autorisation des auteurs et de l'éditeur.

(31) Cf. J. Copper Royer, *La logique judiciaire et le pourvoi en cassation*, in *Logique judiciaire*, précité, p. 73 et s.

(32) *Bull. civ.*, I, n° 247, p. 208.

Elle en déduit "qu'en tirant ainsi un complément de preuve du texte même du document retenu comme commencement de preuve par écrit" la cour d'appel a violé la règle (33).

#### 49. — Le syllogisme judiciaire exprime la soumission du juge à la règle de droit.

On a pu présenter le syllogisme comme le support le plus général de toute application du droit (34).

Cette analyse trouve son fondement dans la soumission du juge à la loi, et, plus généralement aux règles du droit positif. Le rôle du juge se limiterait à l'application des règles posées par le législateur aux situations particulières qui lui sont soumises. L'obligation de motiver les décisions judiciaires et le contrôle exercé par la Cour de cassation visent à assurer cette application correcte de la loi.

On s'accorde cependant à admettre l'insuffisance d'une telle analyse (35).

### B. — LA RELATIVITÉ DU SYLLOGISME JUDICIAIRE

50. — L'apparente rigueur du syllogisme judiciaire est souvent illusoire. Le choix des prémisses largement subordonné à l'intuition du juriste (36) rend la conclusion incertaine, à moins qu'une *inversion du raisonnement* ne réduise le syllogisme à la justification d'une solution préétablie (36-1).

#### 1) LE CHOIX DES PRÉMISSSES

51. — L'expérience judiciaire montre qu'en fait le choix des prémisses est l'opération essentielle. Ce choix concerne la *mineure* et la *majeure* du syllogisme.

##### a) La mineure

#### 52. — L'établissement et la qualification des faits

Celle-ci ne se réduit pas à la constatation des faits de la cause. Elle se compose de deux parties distinctes :

1° Tel fait est ou non établi.

2° Ce fait peut recevoir une qualification correspondant à la présupposition qui figure dans la règle dont l'application est envisagée (37). Par exemple, il est établi que l'automobiliste circulait sur la partie gauche de la chaussée. Puis il est admis que ce fait constituait, dans les circonstances de l'espèce, une faute. Pour procéder à cette qualification il faut tenir compte de la règle qui prescrit de circuler sur la partie droite de la chaussée. Mais il faut également prendre en considération toutes les circonstances,

(33) V. encore, par exemple, Cass. civ., 4 mars 1975, *Bull. civ.*, I, n° 94, p. 83.

(34) V. Motulsky, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé*, thèse Lyon, 1948.

(35) V. not. Hébraud, précité, p. 29. — Souleau, précité, p. 57.

(36) V. Perrot, précité, p. 140, n° 8.

(36-1) Selon une enquête menée par Mme Saluden ans sa thèse (*Le phénomène de la jurisprudence : étude sociologique*, Paris II, 1983) il semble qu'en première instance l'application de la règle de droit à partir du texte n'est pas mécanique p. 48 et 59. En revanche, en appel, les magistrats ont tendance à juger en fait et en droit "sans que l'on sache pour autant ce qui est premier dans le raisonnement", p. 49. Le raisonnement des juges dépend toutefois des matières à juger. Plus la question est technique plus le droit retient l'attention ; inversement, plus la question est humaine (divorce par ex.) plus le fait prend d'importance, p. 51 et s. Et, devant la Cour de cassation le raisonnement "en fait" ne disparaît pas. La conclusion de l'enquête est la suivante : Nulle part le raisonnement judiciaire ne consiste en un syllogisme dont la loi serait la majeure", p. 82.

(37) V. Ch. Perelman, *Le fait et le droit*, 1961, p. 271. — Cf. R. Martin, *Le fait et le droit, ou les parties et le juge*, J.C.P. 1974.I.2625, n° 35 et s. — H. Croze, *Recherche sur la qualification en droit processuel français*, thèse Lyon, 1981.

par exemple une plaque de verglas qui a déporté la voiture vers la gauche. La qualification exige ainsi une appréciation qui combine des éléments de droit et de fait (38).

Les faits appartiennent par définition au passé. Dès l'instant qu'ils sont contestés ils doivent être prouvés. Pratiquement il ne peut guère y avoir de certitude, mais de simples vraisemblances dont la probabilité est plus ou moins forte (39).

Le juge dispose ainsi d'une grande liberté d'appréciation que viennent seulement restreindre les règles de procédure et de fond qui régissent la preuve en justice (40). "La loi l'oblige parfois à présumer, à tenir pour établis certains faits, à en rejeter d'autres, à ne pas s'estimer convaincu par certains modes de preuve, à ignorer systématiquement certains faits considérés comme inadmissibles" (41). Certains éléments rationnels sont ainsi introduits dans la recherche des faits. Mais la marge d'appréciation reste considérable (42). En fait le juge peut très souvent choisir parmi les faits ceux qui conduiront au résultat qu'il souhaite consacrer. En particulier il peut ne retenir que les faits qui correspondent à la qualification dont dépend l'application d'une règle déterminée (43). Cette liberté de choix s'élargit encore en raison de l'imprécision des concepts juridiques à partir desquels s'opère la qualification. Mais cette opération concerne également la majeure dont elle détermine l'application.

## b) La majeure

**53. — L'interprétation de la loi donne au juge une liberté que limite cependant le caractère normatif de l'interprétation des Cours souveraines.**

La loi se borne parfois à de simples directives en prescrivant par exemple de tenir compte de l'intérêt d'une personne déterminée, par exemple de l'enfant dans l'adoption, ou d'un groupe comme la famille, dans les changements de régimes matrimoniaux, ou même, plus largement, des intérêts en présence (44).

Il arrive également que la loi soit muette ou obscure. Le juge doit alors l'interpréter, ce qui lui donne encore une liberté de choix souvent importante (45). L'un des moyens de provoquer cette interprétation est d'ailleurs de rendre obscure la règle par sa mise en discussion (46). Le rapprochement de plusieurs règles peut faire apparaître des contradictions qu'il faudra résoudre par un choix ou des distinctions, ou encore, plus subtilement, par la dialectique qui déduit les conséquences d'un principe et de son contraire posés simultanément, comme par exemple lorsque la pension

(38) V. Hébraud, précité, p. 30.

(39) V. J.-D. Bredin, *La logique judiciaire et l'avocat*, in *La logique judiciaire*, précité, p. 93 et s., spécialement, p. 98 et s.

(40) V. *infra*, n° 563 et s.

(41) Perrot, précité, p. 141.

(42) Cf. Ph. Souleau, *La logique du juge*, précité, p. 58.

(43) V. not. Perrot, précité, p. 149.

(44) V. Hébraud, précité, p. 44. — P. Bellet, *La logique judiciaire*, précité, p. 118. — G. Cornu, *L'apport des réformes récentes du Code civil à la théorie du droit civil*, Cours D.E.S. 1970-1971, p. 136 et 188. — Ch. Perelman, *Logique juridique. Nouvelle rhétorique*, p. 35, n° 24 ; p. 164 et s., n° 89 et s. — R. Savatier, *Les pouvoirs du juge dans la nouvelle figure de l'attribution préférentielle en matière de partage*. — Patarin, *Le pouvoir des juges de statuer en fonction des intérêts en présence dans les règlements de succession*, *Mélanges Voirin*, p. 618 et s. — V. également en matière économique, la distinction entre les bonnes et les mauvaises ententes ; Loussouarn et Bredin, *La Commission des ententes et le recul du contrôle judiciaire*, D. 1963, chron. p. 33. — Touffait et Herzog, *Le problème de la répression pénale des ententes économiques en droit français*, J. C. P. 1967.I.2047. — *Adde* : *infra*, n° 425.

(45) V. *infra*, n° 423 et s.

(46) V. F. Foriers, *L'état des recherches de logique juridique en Belgique*, in *Ann. Fac. Droit Toulouse*, 1967, t. XV, fasc. 1, p. 112.

allouée après divorce était (avant la réforme) qualifiée à la fois d'alimentaire et d'indemnitaire (47).

L'application pure et simple de la règle peut encore être écartée par l'introduction de limitations ou d'exceptions. La Cour de cassation fait ainsi parfois échapper à la règle générale, qu'elle mentionne expressément, un cas particulier qu'elle définit (48).

La liberté du juge se trouve cependant limitée par la création de règles jurisprudentielles qui, nées de l'interprétation de la loi par la Cour de cassation, seront ensuite assimilées aux règles légales (49). La règle applicable peut être infléchie par le jeu de notions à contenu variable ou indéterminé telles que l'ordre public, la bonne foi, la fraude, l'urgence, l'abus de droit ou même la faute (50). L'ambiguïté de ces notions les rend peu aptes à des raisonnements déductifs rigoureux. Le juriste s'en accommode car elle lui permet d'assouplir l'application normale des règles légales (51).

Enfin le juge exerce encore un choix quant à l'ordre dans lequel il fait application des règles, ce qui peut conduire à une conclusion toute différente. C'est ainsi que, par exemple, en droit international privé, selon que l'on aborde la nullité d'un mariage sous l'angle de la loi applicable à ce mariage ou, au contraire, sous l'angle de la loi applicable au jugement qui a consacré le divorce antérieur des époux, on arrive à des résultats diamétralement opposés (52).

#### 54. — Le va-et-vient du fait au droit

Ainsi la majeure et la mineure du syllogisme judiciaire n'apparaissent pas le plus souvent comme des éléments posés, mais doivent faire l'objet d'une véritable découverte. Dans cette recherche le juriste part des faits pour découvrir la règle adéquate et revient ensuite aux circonstances de l'espèce pour vérifier la correspondance. Dans ce va-et-vient, parfois très prolongé, le juriste approfondira successivement son analyse de la majeure et de la mineure sans jamais perdre de vue la correspondance à établir finalement. "L'hypothèse, intuitivement suggérée par l'aperçu originaire, se vérifie et se précise par un approfondissement poursuivi à la fois dans toutes les directions ; c'est la compréhension globale qui permet de situer chaque élément à sa place, et c'est à travers elle que, de retouche en retouche, l'image de la solution esquissée dès l'abord prend son dessin définitif. La nécessité de tenir ainsi en mains tous les fils à la fois est sans doute l'une des principales difficultés de la réflexion juridique et l'aptitude à y parvenir, mûrie par l'expérience et l'habitude, l'un des aspects les plus caractéristiques de ce qu'on peut appeler l'esprit juridique" (53).

Dans cette recherche il arrive d'ailleurs assez souvent que le juriste parte de la solution. Il y a inversion du raisonnement.

(47) V. *Les antinomies en droit*, Bruxelles, 1965. — Ch. Perelman, *Logique juridique. Nouvelle rhétorique*, 1979, n° 27 et s. — P. Forières, *L'état des recherches de logique juridique en Belgique*, in *Logique juridique*, Ann. Fac. Droit et Sc. éco. Toulouse, 1967, t. XV, fasc. 1, p. 105 et d. — Sur la dialectique : Bertrand, *Le rôle de la dialectique en droit privé positif*, D. 1951, chron. p. 151. — Cornu, *Introduction*, n° 197. — *Adde* : *infra*, n° 427.

(48) V. Les observations du Premier Président de la Cour de cassation Ch. Bornet, *La logique judiciaire devant la Cour de cassation*, p. 90.

(49) V. *infra*, n° 444 et s.

(50) V. P. Forières, *L'état des recherches de logique juridique en Belgique*, précité, p. 112. — P. Bellet, *La logique judiciaire*, précité, p. 118.

(51) V., par exemple, pour l'infléchissement du jeu normal de la publicité foncière par la notion de faute, *infra*, n° 448, note 59.

(52) P. Bellet, précité, p. 117-118. — V. Hébraud, précité, p. 51. — P. Lagarde, *La théorie de la question préalable*, Rev. crit. dr. int. priv., 1961, p. 220.

(53) P. Hébraud, précité, p. 47. — Gorphe, *Les décisions de justice*, 1952, spécialement p. 58-68 et préface Donnedieu de Vabres. — L. Husson, *Les transformations de la responsabilité. Études sur la pensée juridique*, thèse Lettres, 1947.

## 2) L'INVERSION DU RAISONNEMENT

55. — Le syllogisme "ascendant" ou "régressif".

L'avocat qui défend une thèse part naturellement du résultat à atteindre. Le juge lui-même part des demandes dont il est saisi. Il doit seulement trancher, c'est-à-dire choisir entre les thèses qui lui sont soumises. Partant de prémisses qui n'offrent jamais une certitude totale il doit faire acte d'autorité pour affirmer l'exactitude de l'une des prétentions (54). Entre deux solutions qui peuvent être également raisonnables le juge ne va pas dire à proprement parler celle qui est vraie, mais il va décider celle qui doit être tenue pour la vérité (55).

C'est une controverse classique de se demander si le juge part d'un choix prédéterminé de la solution qu'il justifie ensuite, au stade de la rédaction du jugement, par un habillage logique sous forme de syllogisme, ou si la solution est réellement la conséquence de ce syllogisme.

Dans la pratique, une fois les faits établis, l'application de la règle de droit se réalise souvent de façon plus ou moins automatique (56). Le syllogisme judiciaire détermine alors la solution.

Lorsque les données de fait et de droit sont incertaines il arrive fréquemment que le juge parte de la solution qui lui apparaît plus ou moins intuitivement comme juste et qu'il n'utilise le raisonnement syllogistique qu'au stade de la rédaction formelle de la décision (57). On a pu parler d'un syllogisme inversé, "ascendant" (58) ou "régressif" (59). Le juge utilise alors la liberté dont il dispose dans le choix des prémisses afin de poser le syllogisme qui justifiera la solution prédéterminée.

56. — Le syllogisme garde l'utilité d'un contrôle et d'une justification. Il favorise la constitution de précédents.

Le syllogisme garde alors l'utilité d'un contrôle. Le juge renoncera normalement à la solution initialement retenue s'il lui apparaît impossible d'établir de façon satisfaisante les prémisses des syllogismes qui lui auraient permis de la justifier de façon rationnelle (60). Il arrive cependant que le syllogisme judiciaire se réduise à un "survêtement formel... dans la mesure où, tenant la conclusion pour une donnée immuable et prédéterminée en fonction d'un jugement *a priori*, pour des raisons de politique juridique parfaitement respectables, le juge infléchit les prémisses en conséquence pour parvenir à justifier une solution qui, d'emblée, lui paraît souhaitable" (61).

Le syllogisme judiciaire garde encore cependant l'utilité d'une justification au regard des justiciables, de l'opinion publique, et des juges d'appel ou de cassation. Par le rattachement de la solution à une règle de droit il facilite également l'insertion de la décision dans l'ordonnancement juridique général et la constitution de précédents judiciaires, facteurs de sécurité et d'égalité pour les justiciables (62).

(54) V. Perrot, précité, p. 146, n° 19.

(55) *Res judicata pro veritate habetur*. Cf. P. Foiriers, *L'état des recherches de logique juridique en Belgique*, *Ann. Fac. Droit et Sc. éco. Toulouse*, 1967, fasc. 1, p. 112.

(56) V. J.-D. Bredin, précité, p. 101.

(57) V. J. Carbonnier, *Sociologie juridique*, *Thémis*, 1972, p. 201. — Cornu, *Introduction*, n° 198. — Cf. chez les Anglo-Saxons : Hutcheson, *Le jugement intuitif : la fonction du "Hunch" dans la décision judiciaire*, in *Études Gény*, t. II, p. 531 et s. — A. Tunc, note D. 1954, p. 10, sous Paris, 10 juin 1953.

(58) Perrot, précité, p. 148.

(59) P. Foiriers, précité, p. 111.

(60) V. Ph. Souleau, précité, p. 65. — Perrot, précité, p. 147.

(61) Perrot, précité, p. 148.

(62) V. P. Bellet, précité, p. 116 : "la logique permet à la justice de se justifier... Le syllogisme... sert en même temps de moyen de contrôle, de conviction et d'insertion dans la jurisprudence". — P. Hébraud, précité, p. 50. — L. Husson, précité, p. 61.

### 57. — Les choix essentiels ne sont pas réalisés de façon déductive.

Le syllogisme judiciaire et la logique déductive gardent ainsi une place non négligeable dans le raisonnement juridique. Il reste cependant que les choix essentiels qu'ils portent d'emblée sur la solution, ou sur les prémisses du syllogisme qui la déterminera ou la justifiera, ne sont pas réalisés de façon déductive. Ces choix sont-ils effectués de façon rationnelle ? C'est la question du rôle de la logique dans la décision judiciaire .

## II. — LE RÔLE DE LA LOGIQUE DANS LA DÉCISION JUDICIAIRE

58. — Certains auteurs ont affirmé l'irrationalisme foncier du droit. La solution serait trouvée de façon intuitive au seul vu de l'ambiance des espèces. On a montré les dangers de cet "impressionnisme juridique" facteur d'insécurité et d'arbitraire (63).

En réalité la décision résulte de la combinaison de *facteurs rationnels*, qu'exprime la logique de l'argumentation, et de *facteurs irracionnels*.

### A. — LES FACTEURS RATIONNELS

#### 59. — La présentation d'arguments qui visent à convaincre

Les recherches du Centre belge animé par M. Perelman (64) ont montré l'importance, pour écarter les dangers de l'"intuitivisme", d'une solide et consciente "procédure de la controverse" (65) que l'École de Bruxelles appelle la "nouvelle rhétorique" et qui se rattache à la dialectique au sens aristotélien du terme (66).

La logique judiciaire est essentiellement orientée en vue de convaincre. L'avocat cherche à convaincre le juge. Celui-ci cherche à se convaincre lui-même, puis à expliquer sa décision à l'avocat et au plaideur, et enfin à la justifier éventuellement auprès du juge supérieur auquel elle sera déférée (67).

Bien plus qu'une logique contraignante conduisant à une certitude, le raisonnement juridique se présente comme un faisceau d'arguments dont le nombre, la qualité et l'agencement tendent à emporter la conviction et dont le destinataire pèsera la valeur, avant de décider (68).

Dans le débat judiciaire l'arbitraire est limité par les règles de procédure. Une certaine sécurité résulte "de l'organisation judiciaire, de la contradiction des débats, de la collégialité, de la motivation des décisions, du contrôle de la Cour suprême, de la publicité que l'on donne à l'audience, et surtout de celle qui résulte des critiques de la doctrine" (69). En particulier *la motivation exprime bien la nature du raisonnement*. Elle consiste en une réfutation des objections et une défense des thèses auxquelles le juge souscrit. Elle rejette les arguments que le juge a écartés comme insusceptibles de fonder sa conviction et désigne au contraire ceux qui l'ont conduit à la solution, non

(63) V. Rivero, *Apologie des faiseurs de systèmes*, D. 1951, chron. p. 99.

(64) V. Bayart, *Le Centre international belge de Recherches de Logique*, Arch. philosophie du droit, 1966, p. 171. — Foriers, *L'état des recherches de logique juridique en Belgique*, précité.

(65) M. Villey, *Histoire de la logique juridique*, précité, p. 81.

(66) Par opposition au sens donné à ce terme dans la dialectique marxiste.

(67) V. P. Hébraud, précité, p. 33.

(68) V. P. Foriers, précité, p. 109-110. Cf. Ch. Perelman, *Le raisonnement juridique*, in *Études philosophiques*, n° 2, 1965, p. 133 ; *Raisonnement juridique et Logique juridique*, in Arch. philosophie du droit, 1966 ; *La logique du droit*, p. 1 ; *Logique juridique. Nouvelle rhétorique*, 1976, p. 105 et s. ; n° 51 et s. ; *Le raisonnable et le déraisonnable en droit* in Arch. philosophie du droit, t. 23, 1978, p. 35 et s.

(69) P. Bellet, précité, p. 120.

pas avec la force contraignante d'un raisonnement déductif, mais par leur force convaincante plus ou moins grande (70). L'importance de cette motivation est attestée par le contrôle de la Cour de cassation qui censure en particulier les décisions dont les motifs ne répondent pas aux conclusions des parties, c'est-à-dire aux moyens invoqués par celles-ci au soutien de leur thèse.

#### 60. — Les divers types d'arguments

Parmi ces arguments figurent évidemment les textes de lois. Ceux-ci sont parfois décisifs. Mais l'interprète dispose, en fait, le plus souvent, on l'a vu, d'une marge importante d'appréciation. Celle-ci se trouve plus réduite, cependant, lorsque la Cour de cassation a précisé la règle par une interprétation dont l'organisation judiciaire lui permet d'imposer le respect (71). Sont également invoqués les arguments d'autorité déduits des précédents judiciaires (72), des opinions doctrinales, ou de l'interprétation administrative (73).

Les arguments classiques de la controverse, notamment le raisonnement par analogie (appelé aussi *a pari*), *a fortiori*, ou *a contrario* sont fréquemment utilisés (74). Pratiquement la valeur de ces arguments dépend de celle que l'on reconnaît à l'intention qu'ils permettent d'attribuer au législateur (75). Même sur ce terrain le choix du raisonnement reste assez arbitraire. On observe que très souvent le même texte peut être raisonnablement invoqué à l'appui de deux thèses contraires, soit par analogie, soit *a contrario* (76).

La recherche d'un principe général par induction à partir de règles particulières, puis la déduction d'applications nouvelles à partir de ce principe est également utilisée avec quelque efficacité (77).

#### 61. — Les arguments empruntés à la logique formelle

Dans cette argumentation, des raisonnements empruntés à la logique formelle trouvent également leur place. Simplement ils ne sont pas ici contraignants comme dans le raisonnement mathématique. Ils concourent seulement à déterminer une conviction.

L'un des plus courants est l'*argument de contradiction* ou d'incompatibilité qui consiste à montrer que l'adversaire soutient à la fois une thèse et son contraire. Cette contradiction apparaît clairement dans un exemple d'école bien connu : Pierre réclame à Paul des dommages-intérêts pour avoir détérioré le chaudron qu'il lui avait

(70) Cf. P. Foirers, précité, p. 110. — Ch. Perelman et P. Foirers, *La motivation des décisions de justice*, Trav. Centre national de Recherches de logique, 1978.

(71) V. *infra*, n° 444 et s.

(72) V., sur leur autorité, *infra*, n° 435 et s.

(73) V. *infra*, n° 322 et s.

(74) V. pour une présentation complète de ces arguments, Ch. Perelman, *Logique juridique. Nouvelle rhétorique*, 1976, p. 54 et s., n° 33, qui en distingue treize. Cf. M. de Coster, *L'analogie en sciences humaines*, coll. Sociologie d'aujourd'hui. — V. égal. Y. Paclot, *Recherche sur l'interprétation juridique*, th. Paris II, dacty., n° 211 et s., p. 196 et s.

(75) V. sur l'évolution des idées en la matière, *infra*, n° 144, 149 et s.

(76) V. not. P. Bellet, précité, p. 118. — Ph. Souleau, précité, p. 59. — Perrot, précité, p. 138, n° 3. — J. D. Bredin, précité, p. 102. — Weill et Terré, *Introduction générale*, n° 40. — É. Agostini, *L'argument a contrario*, D. 1978, chron. p. 149 et s. — Cf. sur les réserves que suscite l'argument *a contrario* : J. Vidal, *L'enfant adultérin... a contrario, Portée du principe de la liberté d'établissement de la filiation adultérine*, J.C.P. 1973. I. 2539.

(77) V. not. Ch. Bornet, *La logique judiciaire devant la Cour de cassation*, précité, p. 90, qui observe que celle-ci use facilement de ce raisonnement et cite l'exemple du droit de rétention. *Addé* : *infra*, n° 449. V., par exemple, l'obligation précontractuelle de renseignement dont le principe et les conditions peuvent se déduire d'une série de lois particulières et de la jurisprudence sur l'erreur, la réticence dolosive et la garantie des vices cachés, J. Ghestin, *Le contrat*, n° 478 et s. — *La responsabilité contractuelle du fait d'autrui*, G. Viney, *La responsabilité : conditions*, n° 814 et s., qui en déduit l'existence par une généralisation à tous les contrats de "textes disparates et fragmentaires" visant divers contrats particuliers.

prêté. Paul répond : 1° qu'il n'a jamais emprunté le chaudron ; 2° que d'ailleurs il l'a rendu en bon état ; 3° et qu'en tout état de cause, le chaudron était déjà troué lorsqu'il l'a emprunté (78).

On utilise l'*argument d'identification* et surtout l'*argument de transitivité* sur lequel est fondé le raisonnement syllogistique : si une même relation existe entre A et B d'une part, B et C d'autre part, cette relation existe nécessairement entre A et C (79).

Le *dilemme* consistera à montrer que quelle que soit la thèse retenue le résultat sera le même. Le *raisonnement par l'absurde* consistera à faire apparaître l'inexactitude d'une solution par les conséquences évidemment fausses qui résulteraient de son admission (80).

62. — Les arguments peuvent être ainsi multipliés. Mais les travaux du Centre National de Recherche de logique de Belgique ont montré que dans le raisonnement juridique ce qui compte essentiellement c'est la qualité de l'argument, c'est-à-dire sa force convaincante, qui est elle-même fonction de l'auditoire auquel il est destiné (81). La collégialité des juridictions et les recours par voie d'appel ou de cassation ont pour effet de réduire cet aspect subjectif, sans cependant l'éliminer de façon complète.

Il en est d'autant plus ainsi que la décision est également soumise à l'influence de facteurs irrationnels.

## B. — L'INFLUENCE DE FACTEURS IRRATIONNELS

63. — Un argument n'est efficace que s'il correspond aux valeurs admises par celui auquel il s'adresse

Les avocats utilisent naturellement des procédés de persuasion qui n'ont rien à voir avec la logique, en particulier les arguments d'émotion, l'appel à la générosité, la pitié, la solidarité (82). Même dans les procès civils on a montré l'influence souvent décisive d'arguments du type "le pauvre locataire", ou "le pauvre consommateur" (83).

La psychologie individuelle du juge, tempérée par la collégialité, joue un rôle important. Sur un plan collectif l'origine sociale, le mode de vie et la formation des magistrats sont des facteurs non négligeables des décisions rendues (84). Il en est d'autant plus ainsi que le juge se donne un objectif "social, juridique et politique" (85). La Cour de cassation elle-même, "dans toute la mesure où la loi le permet... s'efforce de dégager la solution qui lui paraît la plus conforme aux nécessités sociales, à la raison, à l'équité, au bon sens... elle est plus sensible à la finalité du

(78) Cf. Ch. Perelman, *Traité de l'argumentation*, t. II, p. 639.

(79) V. J. D. Bredin, précité, p. 99.

(80) V. sur ces diverses règles logiques et leur application, M. G. Kalinowski, *Logique formelle et droit*, *Ann. Fac. Droit et Sc. éco. Toulouse*, 1967, fasc. 1, p. 204 et s.

(81) V. P. Forières, précité, p. 113-114.

(82) V. J. D. Bredin, précité, p. 94.

(83) V. P. Forières, précité, p. 102, qui fait état d'une analyse sur les droits respectifs du nu-propriétaire et de l'usufruitier montrant que le choix des prémisses échappait à toute appréhension logique et se fondait "essentiellement sur des sentiments et des valeurs : théorie du "pauvre usufruitier", du "pauvre nu-propriétaire", ou encore de l'égal intérêt".

(84) La recherche de ces facteurs qui s'est développée aux États-Unis se heurterait en France à des difficultés tenant à l'organisation judiciaire (collégialité et secret du délibéré) mais surtout d'ordre psychologique. Cf. J. Carbonnier, *Sociologie juridique*, 1978, p. 47 ; et "Pour une sociologie du juge", in *Flexible droit*, 3e éd., 1976, p. 307. — Cf. J.-P. Royer, *La société judiciaire*.

(85) P. Bellet, précité, p. 119 ; Ph. Souleau, précité, p. 60.

texte qu'à la rigueur du raisonnement" ; elle "ne peut se désintéresser de la réalité et de la moralité... ainsi que des conséquences... sur le plan social" (86).

Pratiquement l'efficacité d'une argumentation juridique est liée à sa correspondance avec les valeurs admises par celui auquel elle s'adresse. Elle suppose un accord tacite, mais nécessaire, sur les valeurs admises par la société au nom de laquelle le juge rend la justice. Cet accord doit même porter sur la hiérarchie établie entre ces valeurs. "Hiérarchies universelles : les valeurs relatives aux personnes sont supérieures aux valeurs relatives aux choses ; on n'écrase pas un homme pour éviter un chien ; la vie humaine vaut mieux que la propriété privée. Hiérarchie souvent sociale : il vaut mieux, à l'appui d'une thèse, produire le témoignage d'un général en retraite, que celui d'un clochard en activité" (87).

En réalité la force de l'argumentation ne réside pas tellement dans sa forme, mais dans la cohérence de son contenu et le rattachement des prémisses du raisonnement à des idées plus profondes approuvées par l'auditoire auquel elle s'adresse.

64. — C'est dire qu'en définitive le juriste ne reste jamais sur le terrain de la logique et de la raison formelle. Il se détermine en fonction de préjugés personnels ou d'opinions morales et sociales, variables d'ailleurs d'une société à l'autre et même d'un groupe à l'autre à l'intérieur d'une même société (88).

On peut regretter cette situation. Il est en tout cas essentiel d'en avoir une claire représentation car il est permis de penser qu'une conscience réfléchie de l'influence des facteurs idéologiques présente moins de dangers que des opinions qui restent implicites et se donnent, de façon illusoire, comme purement objectives (89). Ainsi ce sont des choix idéologiques fondamentaux qui déterminent non seulement la législation, mais même son application aux situations particulières.

(86) Ch. Bornet, précité, p. 88. — Cf. A. Tunc, *Logique et politique dans l'élaboration du droit, spécialement en matière de responsabilité civile*, Mélanges Dabin, 1963, t. I, p. 317 et s. — D. Truchel, *Les fonctions de la notion d'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'État*. — *Adde* : sur la motivation des arrêts de la Cour de cassation au regard de ces préoccupations, *infra*, n° 476.

(87) J. D. Bredin, précité, p. 97. — V. *Légalité et références aux valeurs, contribution à l'étude du règlement juridique des conflits de valeurs*, Xe journées d'études juridiques Jean Dabin, 1980.

(88) V. P. Hébraud, précité, p.



**MORCEAUX CHOISIS : 6**

**EXTRAIT DE :**

***POUR UNE THÉORIE DE LA CONNAISSANCE  
JURIDIQUE***

Par

Jean-François PERRIN

Librairie Droz, 1979

**EFFECTIVITÉ D'UNE NORME JURIDIQUE**



## QUESTION N° 12

# QU'EST-CE QUE L'EFFECTIVITÉ D'UNE NORME JURIDIQUE ? (\*)

A - *Effectivité et efficacité ; quel est le degré de parenté liant les deux notions ?*

L'auteur de la norme juridique poursuit un dessein et, pour atteindre son objectif, il choisit un moyen. Il veut, par exemple, limiter les conséquences des accidents de la circulation routière et, pour ce faire, il prescrit le port obligatoire de la ceinture de sécurité dans les voitures automobiles ou le port obligatoire du casque pour les motocyclistes. On peut ensuite observer, soit le degré de réalisation de l'objectif, soit évaluer le degré d'utilisation réelle du moyen. Dans le premier cas — lorsqu'on confronte l'objectif avec son degré d'accomplissement — on mesure *l'efficacité* d'une norme ou d'un système de normes. Dans le deuxième cas — lorsqu'on mesure si l'injonction prescrite par la norme a effectivement provoqué le comportement prévu — on mesure *l'effectivité* de la norme. Quelques observations doivent introduire à l'étude de ces notions :

a) Les deux concepts entretiennent évidemment des relations, mais celles-ci ne sont pas susceptibles d'être réduites par une équation simple du genre :

Si la norme est effective → alors elle sera efficace.

L'analyse de la réalité révèle au contraire l'existence et l'importance de toutes les combinaisons perverses possibles (1) est notamment possible que la norme soit effective à un très bon degré mais pourtant inefficace car le moyen s'est révélé inadéquat (2).

b) L'étude de la liaison entre «efficacité» et «effectivité» appartient au domaine des «effets» du droit et sort de la perspective génétique à laquelle nous avons voulu nous cantonner dans le présent essai. L'étude de l'effectivité — plus directement que celle de l'efficacité — confronte l'intention normative immédiate, soit le modèle de conduite, avec la réalité et nous verrons que le droit incorpore dans sa définition le résultat de cette confrontation. Nous ne pouvons dès lors pas — même si nous limitons notre ambition à la définition de la norme — nous passer de l'étude de «l'effectivité».

---

(\*) Extrait de l'ouvrage de Jean-François Perrin, *Pour une théorie de la connaissance juridique*, p. 91 et s., Librairie Droz, 1979, publié avec l'aimable autorisation de l'auteur et de l'éditeur.

(1) Cf. à ce sujet Boudon, *Effets pervers et ordre social*.

(2) C'est, par exemple, ce que prétendent certains spécialistes hostiles, pour des raisons médicales, au port obligatoire de la ceinture de sécurité.

c) Il existe dans la littérature de théorie du droit — plus que de sociologie du droit — un gros flottement terminologique ; «effectivité» et «efficacité» sont par exemple malheureusement utilisés dans des acceptions synonymes dans la traduction française de la «Théorie pure» de Kelsen (3). Nous éviterons tant que possible ces confusions et n'utiliserons en tout cas le mot «effectivité» que pour ce qui a trait à la confrontation directe du modèle prescrit par la norme avec la conduite concrètement survenue.

### *B - Doit-on utiliser le concept d'effectivité en théorie du droit ?*

En 1958, Jean Carbonnier posait : «... Ce problème très broussailleux, dont le défrichage serait pourtant si utile à la constitution d'une législation sociologique : quel est le taux maximum d'ineffectivité qui est compatible avec l'existence d'une règle de droit ? Il est probable que nos préjugés normatifs nous le font placer trop bas.» (4). Une fois la règle promulguée, le législateur croit avoir accompli tout son devoir. Les gouvernants eux aussi ont une propension naturelle à accepter le mythe de la toute-puissance de la loi. La règle est devenue juridique, donc elle s'applique ! La réalité est tout autre : une norme juridique, parfaitement édictée selon ce que prescrit la théorie des sources formelles, ne s'applique pas chaque fois qu'elle le devrait. Il arrive très fréquemment que toutes les conditions étant remplies, elle reste lettre morte. Nous nous trouvons alors dans une situation dite d'ineffectivité.

### *C - Quel sont les facteurs de l'effectivité ?*

Pour quels motifs le détenteur du pouvoir normatif parvient-il, ou au contraire ne parvient-il pas, à diriger les conduites des destinataires ? Quels sont les facteurs qui rendent compte des limites de son pouvoir ? Telle est la question à laquelle nous tentons maintenant de répondre. Nous partirons d'un nombre d'hypothèses qui sont latentes en sociologie du droit théorique mais qui n'ont, à ce jour, pas suffisamment fait l'objet de vérifications empiriques :

a) Le taux d'effectivité d'une norme est essentiellement variable dès la promulgation et cela en fonction de facteurs dont les effets sont cumulés et combinés. Il est cependant possible d'isoler ces facteurs, au moins théoriquement. L'analyse sociologique permet d'évaluer leur importance respective. Ces facteurs influent donc sur les comportements des sujets «en condition», les incitant :  
— soit à conformer leur comportement à ce qui est prescrit (facteur d'obéissance),  
— soit à opter pour un comportement autre que celui qui est prévu par la norme (facteur de déviance).

b) La détermination des sujets dépend de deux facteurs principaux qui cependant sont eux-mêmes des combinaisons de sous-éléments analysables :

#### *1. Le consensus*

Le sujet adhère volontairement à l'injonction normative ; il accepte la nécessité ou l'utilité du modèle de comportement prescrit ;

(3) Kelsen, *Théorie pure du droit*, trad. Eisenmann.

(4) Carbonnier, *Effectivité et ineffectivité de la règle de droit*, p. 13.

*Sous-facteur a) connaissance de la norme :*

Avant d'adhérer au modèle il faut le connaître. L'édition formelle suffit aux juristes. Il est cependant évident que les «publications officielles» ne touchent que peu de sujets. Nous postulons donc une corrélation entre la connaissance du modèle normatif et son respect.

*Sous-facteur b) adhésion (ou refus) idéologique :*

Cette acceptation peut consister en une adhésion consciente (idéologique) à la valeur qui sous-tend la norme (au contraire son refus constitue un facteur de déviance). Nous postulons (5) qu'il y a une corrélation entre cette adhésion et le comportement des sujets et vice-versa.

*Sous-facteur c) intériorisation :*

Cette adhésion peut aussi consister en une «discipline automatisée» ; le sujet est conditionné depuis l'enfance à obéir aux normes émises par l'autorité. Le processus d'obéissance est «intériorisé». Cet effet est mesurable. À l'inverse une attitude d'hostilité à l'encontre du phénomène d'autorité peut aussi jouer un rôle. Ces phénomènes d'intériorisation et de refus ne se manifestent évidemment pas de la même manière pour chaque norme. Ils sont cependant observables dans chaque contexte normatif spécifique.

*Sous-facteur d) l'effort de propagande :*

La norme étant réputée connue, on peut modifier l'idéologie des sujets à l'égard du modèle de conduite qu'elle prescrit. Nous postulons une corrélation entre l'effort de propagande (dans un sens ou dans l'autre) et le taux d'effectivité.

## II. La sanction

Les normes juridiques sont très souvent assorties d'une sanction qui consiste en la conséquence prévue par l'ordre juridique d'une conduite non conforme à celle qui est prescrite. La littérature juridique classique considère que la sanction est un élément essentiel de la définition de la norme juridique. Nous avons récusé ce point de vue. Pour nous, la sanction est une norme au service d'une autre norme. Elle a précisément pour fonction d'influer positivement sur le degré d'observance de la norme au service de laquelle elle doit agir. La théorie de la double norme, qui avait été avancée puis abandonnée par Kelsen (6) rend service en l'occurrence. De très nombreuses normes juridiques, envisagées comme modèles de conduite, sont assorties d'une contre-norme qui est la *sanction prévue* pour la conduite contraire à celle qui est prescrite. Il faut étudier la relation existant entre les deux normes ou, plus exactement, entre le modèle et la *sanction*. Nous postulons (et c'est presque un truisme que de l'affirmer) qu'il y a ordinairement une corrélation entre la fréquence de l'application de la sanction et le taux de respect du modèle de conduite.

*Sous-facteur a) connaissance de la sanction :*

Nous postulons une corrélation entre la connaissance de la sanction et le respect du modèle de conduite.

*Sous-facteur b) administration de la sanction :*

Nous postulons une relation entre la fréquence statistique de la survenance effective de la sanction et le taux d'effectivité du modèle de conduite.

(5) Avec Piaget, Cf. *Le jugement moral chez l'enfant*, notamment p. 48.

(6) Cf. Kelsen, *Théorie pure du droit*, trad. H. Thévenaz, p. 66.

*Sous-facteur c) propagande au sujet de la sanction :*

Nous postulons une relation entre la propagande au sujet de la sanction le taux d'effectivité du modèle normatif.

Il est certain que ces différents facteurs se recourent et se complètent.

Nous ne les isolons que pour mieux distinguer leur importance *relative*. Ainsi, par exemple, la connaissance de la norme n'intervient pas isolément en tant que facteur.

Il est probable que ces facteurs ont une influence différente dans les différents domaines du droit. Il est possible aussi que la multiplication des recherches mette en évidence que certains d'entre eux sont d'une importance sans commune mesure avec d'autres (7).

---

(7) Pour une vérification de ces hypothèses, cf. *Le port obligatoire de la ceinture de sécurité*, Travaux CETEL, n° 1, Université de Genève, 1977.

**MORCEAUX CHOISIS : 7**

**EXTRAIT DE :**

***FLEXIBLE DROIT,  
POUR UNE SOCIOLOGIE DU DROIT SANS RIGUEUR***

Par

Jean CARBONNIER

7ème édition 1992, L.G.D.J.

**EFFECTIVITÉ ET INEFFECTIVITÉ DE LA RÈGLE DE DROIT**



# EFFECTIVITÉ ET INEFFECTIVITÉ DE LA RÈGLE DE DROIT (\*) (\*\*)

Le droit dogmatique considère qu'il y a règle de droit véritable dès qu'un texte émanant de l'organe constitutionnellement compétent a été régulièrement promulgué. Peu importe que ce texte ne soit pas effectivement appliqué ; l'appliquer est une tâche de gouvernants. L'inapplication des lois atteste qu'une fonction gouvernementale n'est pas remplie : c'est un non-sens, quelque chose d'anormal et de condamnable. Mais la loi inappliquée n'en reste pas moins la loi : l'application effective, l'effectivité n'appartient pas à la définition de la règle de droit.

La sociologie juridique a nécessairement une position différente. Encore faut-il éviter les pièges d'une pure et simple idolâtrie du fait. Se borner à dire qu'il n'y a de règle de droit qu'effective, que la règle inappliquée est comme si elle n'existait pas, serait une attitude aussi peu scientifique que l'inverse. La vérité est que l'ineffectivité est, autant que l'effectivité, un phénomène sociologique, et qu'elle mérite, à égal titre, notre attention. Plus précisément, il existe — car la notion est complexe — des *phénomènes d'ineffectivité*, et ce n'est qu'après les avoir soumis à une analyse objective que l'on peut essayer de prendre parti sur cette exigence générale d'effectivité que le premier mouvement de la sociologie juridique a été de poser comme un absolu.

L'effectivité, prise en elle-même, n'a pas d'histoire. C'est l'ineffectivité qui est sociologiquement la plus intéressante. Mais on raisonne comme si elle n'était jamais que l'absence totale d'effectivité, ce qui supposerait que l'effectivité, de son côté, est toujours parfaite, alors qu'il y a, en réalité, toute une série d'états intermédiaires. Si l'ineffectivité *totale* est le schéma théorique d'où il convient de partir, l'ineffectivité partielle est bien plus pratique : tantôt *statistiquement*, tantôt *individuellement partielle*.

## • L'INEFFECTIVITÉ TOTALE

Elle se rencontre dans deux hypothèses distinctes suivant que la règle de droit est restée constamment inappliquée *ab initio* ou a cessé d'être appliquée après l'avoir été pendant plus ou moins longtemps. Les deux phénomènes ont reçu des noms : pour l'un, on parlera de *l'impuissance des lois*, pour l'autre de la *désuétude*.

---

(\*) Extrait de Jean Carbonnier, *Flexible Droit, pour une sociologie du droit sans rigueur*, 7ème édition 1992, L.G.D.J., p. 125 à 137, publié avec l'autorisation de l'auteur et de l'éditeur.

(\*\*) Cet article a d'abord paru dans *l'Année sociologique*, 1957-1958. Depuis lors, le couple effectivité-ineffectivité est devenu un des lieux communs de la sociologie juridique ; cf. par ex. Zur Effektivität des Rechts, *Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, t. 3, 1972.

## 1° L'impuissance des lois

L'hypothèse ne peut concerner le droit coutumier, puisque celui-ci, par définition, implique toujours une certaine durée de pratique effective. C'est seulement aux règles du droit écrit qu'il est donné de n'exister que sur le papier, et d'être conceptuellement sans avoir jamais été matériellement. De là l'expression "l'impuissance des lois", que Jean Cruet a popularisée (1), et qui n'est pas, d'ailleurs, sans inconvénient, à cause de la nuance péjorative qu'elle évoque. Car l'inapplication originelle de la loi n'est pas toujours une situation anormale, du moins pas aussi anormale qu'on l'imagine. Trop souvent, les sociologues n'ont ici conçu la loi qu'en termes dramatiques de commandement et d'obéissance, de sorte que toute inapplication leur a paru révéler la révolte des sujets et l'inertie du pouvoir. Mais beaucoup de lois sont purement facultatives.

Beaucoup de lois ne font, pour ainsi dire, que des propositions. Telles sont la plupart des lois en matière contractuelle : des catalogues ou des formulaires. Elles présentent aux intéressés des types de contrat, mais on n'est pas obligé de contracter — ou même, à l'intérieur d'un type déterminé, elles offrent des variétés de clauses, mais qui ne sont que supplétives de volonté, nullement impératives. Quoique d'une façon plus inaperçue, le droit administratif recourt à une technique analogue, quand il monte des institutions ou des mécanismes juridiques et les met à la disposition du public sans les rendre obligatoires (il y a des régimes facultatifs de sécurité sociale ; des options ouvertes aux contribuables entre deux modes d'imposition ; des combinaisons étatiques de crédit ou d'épargne, etc.).

Or, c'est dans ce stock de lois de proposition que l'on puise le plus volontiers les exemples d'impuissance des lois. Ainsi, il est classique de relever que les articles 361 et s. du Code civil de 1804 sur la tutelle officieuse étaient mort-nés, que la loi du 12 juillet 1909 sur le bien de famille insaisissable a fait fiasco, et pareillement la loi du 26 avril 1917 sur la société anonyme à participation ouvrière, auxquelles nous ajouterions, plus récent, l'article 834 C. rural sur les coopératives de culture : dans ces divers cas, les catégories sociales que le législateur voulait attirer n'ont mis aucun empressement à répondre, et les possibilités légales sont restées inappliquées (2). Certes, il a pu y avoir, à l'origine de l'application, des erreurs législatives : l'institution mise sur pied pouvait ne correspondre à aucun besoin social réel, ce dont une meilleure information (aujourd'hui par enquêtes, sondages) aurait permis de se rendre compte ; son accès pouvait être hérissé de formalités décourageantes, ce qu'un esprit moins bureaucratique aurait évité. Il faut bien voir, cependant, que l'inapplication n'a pas forcément ici le sens d'un échec, justifiant condamnation, abrogation immédiate, car elle peut tenir, et elle tiendra même généralement, à ce que l'intérêt en vue duquel la loi a été conçue, bien que parfaitement réalisable, ne s'est pas encore trouvé réalisé dans les faits. La loi inappliquée n'en demeure pas moins disponible aux convenances du public, et c'est cette disponibilité qui est son utilité essentielle. Pour cette espèce de lois, l'applicabilité importe plus que l'application ; elle est à elle seule effectivité. Il peut entrer dans la fonction juridique d'un grand État d'avoir des institutions et des mécanismes prêts pour toutes les éventualités, même s'ils doivent rester inemployés indéfiniment, comme il lui arrive d'entretenir des tribunaux inoccupés dans certaines circonscriptions territoriales.

(1) Jean Cruet, *La vie du droit et l'impuissance des lois*, 1908.

(2) Ou à peu près. Car il y a eu tout de même quelques applications. On peut les tenir pour négligeables s'il ne s'agit, comme nous le faisons ici, que de rechercher la signification de l'ineffectivité par rapport aux différents contenus possibles de la règle de droit. Mais, en elles-mêmes, elles ne sont nullement négligeables, et les hypothèses citées ressortiraient plus exactement à la notion de l'ineffectivité statistique.

Voisine et différente à la fois est l'hypothèse où la loi reconnaît des droits et des libertés aux individus. Ceux-ci peuvent ne pas en user (3). La loi proclame le droit de grève : en fait, il n'y a jamais de grève. La loi affirme la liberté des mariages entre blancs et gens de couleur : en fait, chacun se marie dans sa race. Dira-t-on que la loi est inefficace ? Il est visible que cela dépend des circonstances. On admettra qu'elle est inefficace si les grèves ou les mariages mixtes sont empêchés par la terreur, voire simplement découragés par des pressions économiques, familiales, sociales, car elle manque alors son but, qui est d'assurer la liberté. Mais il en va tout autrement là où les grèves sont inconnues parce que l'esprit revendicatif fait défaut, là où les mariages mixtes sont ignorés parce que les individus d'un bord éprouvent pour ceux de l'autre un éloignement sentimental invincible (4), car on ne saurait pousser la notion d'effectivité, pour les lois permissives, jusqu'à cette conséquence que tout ce qui est permis devrait être effectivement pratiqué. L'effectivité de la loi qui consacre une liberté d'agir se situe non dans l'action, mais dans la liberté même, c'est-à-dire dans le pouvoir de choisir l'inaction aussi bien que l'action. Une telle loi a toujours, d'ailleurs, une effectivité invisible, par son influence psychologique, psychothérapeutique. C'est comme une fenêtre ouverte : même si l'on n'a pas la tentation de s'évader, on respire mieux.

Restent, il est vrai, bien d'autres catégories de lois, dispositives, impératives, prohibitives, peu importe la terminologie — toutes ces lois auxquelles le profane pense le plus immédiatement parce qu'elles lui semblent plus souveraines, ne laissant aucune place dans leur définition à la volonté des individus. Leur ton impérieux ne les préserve pas de l'inaffectivité (5), et celle-ci paraît avoir, pour elles, une signification beaucoup plus grave que pour les lois facultatives, étant alors violation, transgression, et non plus simplement inapplication. Pourtant, ici encore, la notion d'effectivité, à l'analyse, révèle souvent une complexité inattendue. Il n'est que de réfléchir à l'économie de la loi pénale. Deux règles s'y mêlent : la prohibition, qui n'est pas toujours explicite (il est interdit de voler), et la sanction (le vol est puni d'emprisonnement). La loi pénale sera certainement jugée inefficace — et elle est doublement inefficace (6) — si, une infraction ayant été commise, une punition ne s'ensuit pas. Mais on inclinera sans doute à la juger effective dès lors qu'une punition, après commission de l'infraction, aura été prononcée : or, en pareil

(3) L'effectivité de la règle de droit touche ici à l'effectivité du droit subjectif (problème distinct, que nous n'entendons pas traiter à cette place. Les droits subjectifs sont rarement exercés à l'exacte limite de leur définition : tantôt l'individu va plus loin que son droit ; tantôt (plus fréquemment sans doute, car il n'y a pas alors de réaction antagoniste), il reste en deçà (cf. *infra*, p. 152). Cette considération de l'effectivité et surtout de l'ineffectivité des droits individuels est importante ; elle explique pourquoi le système juridique individualiste fonctionne avec moins de dureté, plus de liant, que ne le laisserait supposer la vision abstraite de tant de droits subjectifs caparaçonnés dans leur égoïsme.

(4) On objectera qu'il n'y a pas de différence essentielle entre cette hypothèse-ci et la précédente, parce que l'éloignement sentimental dont il s'agit n'est lui-même que la réfraction inconsciente de l'éducation, du "qu'en dira-t-on", etc. ; bref, le produit d'une pression familiale ou sociale diffuse. Il est, cependant, impossible d'éliminer dans ce domaine la part de la pure affectivité. Nous pourrions, d'ailleurs, pour retrouver le problème sous une forme incontestable, raisonner sur l'hypothèse *théorique* où l'absence de tout mariage interracial pendant une période définie serait l'effet du hasard opérant sur une série limitée de cas (en *x* coups, pas une seule fois les boules blanches ne se sont mélangées aux noires : la loi de liberté est-elle effective ?).

(5) Les exemples en abondent surtout aux époques d'inflation législative comme s'il y avait, dans toute société, un point de saturation juridique au-delà duquel les règles de droit ne sont plus assimilées par le corps social : ainsi, au Bas-Empire, où les constitutions impériales s'époumonnent à réitérer les mêmes prescriptions (*saepe constituta sunt...*) ; et de nos jours, avec la réglementation économique et fiscale.

(6) Car non seulement la transgression est restée dépourvue de sanction, mais la prohibition n'a pas su empêcher la transgression. Toutefois, cette dernière affirmation d'ineffectivité repose sur le postulat — couramment admis, mais qui a pu être contesté, et pas seulement du point de vue freudien — que la loi pénale a pour fonction d'empêcher la transgression. Pour ceux qui considèrent que sa fonction est, sinon proprement de faire pulluler la transgression, du moins de produire la dose de pénalité dont la société a besoin, il est évident que la violation de la prohibition est tout le contraire d'un phénomène d'ineffectivité.

cas, seule la règle de sanction est effective (le commandement adressé aux agents de la répression), non la règle de prohibition (le commandement adressé à tous), laquelle, précisément, a été violée. Et à l'inverse, ne déclarera-t-on pas trop vite inefficace, morte, ou vide de contenu pratique, la loi pénale qui n'a jamais été le support d'une condamnation ? Mais, bien souvent, il n'y a pas de poursuite parce qu'il n'y a pas d'infraction, et l'absence d'infraction peut s'expliquer fort naturellement par l'action psychologique de la prohibition pénale. Ce qui est tout l'opposé d'une impuissance des lois : cette loi-ci peut même être dite la plus effective de toutes, quoique son accomplissement soit invisible et immatériel. De telles remarques tendent seulement à montrer combien il serait imprudent de conclure à l'effectivité, ou à l'ineffectivité, d'une disposition légale sans un examen détaillé de l'hypothèse.

## 2° La désuétude

S'il est un fait qui atteste que l'effectivité est essentielle à la règle de droit, c'est, semble-t-il bien, la désuétude, puisqu'elle est une abrogation par perte d'effectivité. Avec raison, les sociologues critiquent, comme entachée de dogmatisme, la jurisprudence française qui refuse d'admettre qu'une règle de droit, du moins de droit écrit, puisse être abrogée par désuétude (7) : dans la désuétude ainsi que dans la coutume, des forces sociales vives sont à l'œuvre, en dehors des formes juridiques officielles ; n'y a-t-il pas un entêtement irréaliste à leur dénier le pouvoir, là de créer, ici de détruire ? Encore faudrait-il être assuré que toute inaffectivité *superveniens* est une authentique désuétude.

De nouveau, le rôle de la volonté privée dans l'application de certaines lois devra être pris en considération. C'est ainsi que, si la faveur des parties, après s'être portée plus ou moins longuement sur un modèle légal de contrat, s'en est peu à peu éloignée, on se demandera si ce changement de mode mérite sociologiquement d'être traité comme une désuétude abrogatoire. Il peut, certes, être désirable de rajeunir un code comme on rajeunit le catalogue d'un grand magasin, en rayant les articles qui ne sont plus utilisés du tout (on a pu ainsi rayer la société universelle du Code civil, ou le prêt à la grosse du Code de commerce). Il faut bien convenir, toutefois, que ce genre de réforme intéresse plus l'élégance que le fond de la législation. La situation réelle demeurera, ou à peu près, ce qu'elle était auparavant : une totale disponibilité aux volontés contractuelles, que gênera à peine la disparition du prototype légal. Et ces volontés ont des retours imprévisibles : elles sont fort capables de rendre vie à des combinaisons que l'on s'était hâté de porter en terre (8).

(7) Voir surtout (à propos du délit de "marchandage", exploitation des ouvriers par un sous-entrepreneur), Crim. 4 février 1898, *Sirey*, 1899.1.249, *Dalloz*, 1898.1.369, et Orléans, 5 juillet 1898, *Sirey*, 1899.2.201, avec la note de J.-A. Roux. *Adde*, plus récemment, Trib. civ. Seine, 4 janvier 1945, *Dalloz*, 1945.291 ; Montpellier, 23 février 1949, *Dalloz*, 1949, *Sommaires* : 41.

(8) Comme exemple de ces résurrections, on pourrait citer le cas du *précaire*. Le sens général de la combinaison ainsi désignée — ce qui constitue l'unité du type, en dépit de variantes secondaires — est qu'un propriétaire concède l'usage de son immeuble à une autre personne moyennant redevance, mais en se réservant le droit de mettre fin à la concession à tout moment. On rencontre ce type de contrat pratiqué à trois périodes de l'histoire romaine (avec des intervalles d'évanouissement) : dans la Rome primitive, puis à l'époque des juristes classiques, enfin au Bas-Empire. On le retrouve à l'époque franque. Dans les derniers siècles de notre ancien droit, c'est encore une catégorie juridique reconnue. Cependant — nouvelle éclipse — le Code civil n'en a point parlé, et la doctrine du XIX<sup>ème</sup> siècle pensait volontiers qu'il y avait là un type de contrat qui, par la prépondérance qu'il conférait à l'une des parties, la nette insécurité où il plaçait l'autre, n'était plus en harmonie avec les idées modernes. Or, le *précaire* a comme une renaissance : réagissant à la législation des loyers, qui tend à perpétuer les locataires dans les lieux loués, les propriétaires d'immeubles urbains ont cherché à ne plus passer de baux ; ils se sont avisés de recourir à des conventions d'occupation *précaire*, leur permettant de faire cesser comme ils l'entendraient l'occupation des lieux. La jurisprudence a validé, en principe, la combinaison.

Pareillement, si la loi est une loi de liberté, on refusera les vertus sociologiques d'une désuétude à ce qui ne serait que le non-usage de la liberté. Il faudrait, pour qu'il y eût désuétude, plus qu'un état passif de non-usage : des actes accomplis *in contrarium* (par exemple, non pas seulement l'absence de grèves, mais que les grèves aient été empêchées par des réactions de la masse). En ce sens, il est sociologique autant que dogmatique de dire que l'on ne prescrit pas contre la liberté.

Enfin, argumentant sur le thème de la loi pénale, nous nous mettrons en garde contre le danger de prendre pour une désuétude (sociologique) ce qui ne serait qu'une tolérance (administrative) : bien souvent, si la loi pénale cesse d'être appliquée, quoique les conditions de l'infraction soient réunies, c'est que les autorités chargées de la répression (pratiquement les Parquets) ne croient plus opportun d'exercer des poursuites (9). On pourrait soutenir, il est vrai, qu'elles en décident ainsi parce qu'elles ont la conviction que des poursuites ne seraient plus comprises par l'opinion publique, si bien que la tolérance ne ferait qu'interpréter une désuétude déjà latente dans la masse. Mais l'explication n'est pas valable pour toutes les espèces : il existe bien une notion autonome de la tolérance administrative, acte de volonté du pouvoir à des fins d'intérêt public. Ineffectivité, si l'on veut, comme la désuétude, mais en moins profond : la tolérance est instable (car l'appréciation de l'intérêt public peut changer rapidement), et elle n'affecte que la règle de sanction, la règle de prohibition pouvant demeurer effective — du moins partiellement effective, dans la mesure même où la possibilité, toujours présente, d'un retour à la sanction intimide quelques contrevenants potentiels.

#### • L'INEFFECTIVITÉ STATISTIQUE

Il serait exagéré de prétendre que l'effectivité à 100 % n'est qu'une hypothèse d'école. Il est des règles de droit qui sont si paisibles, si parfaitement exemptes de contentieux que l'on peut, à vue humaine, présumer leur application totale. Un bon exemple en est donné par notre système de publicité du contrat de mariage — système si simple que, depuis 1850 où il fut institué, on n'a jamais entendu parler d'un cas où il n'aurait pas fonctionné (10). Ou, du moins, il est des règles dont les déviations rapportées à de grandes masses sont si exceptionnelles que l'on peut pratiquement les tenir pour nulles. On songe à l'obligation de déclarer les naissances et les décès à l'état civil : elle est tellement entrée dans les mœurs françaises que les manquements ne sont plus, à l'heure actuelle, qu'en nombre infinitésimal (11).

(9) La plupart des arrêts que l'on cite comme ayant déclaré la désuétude inopérante se rapportent plus exactement à des hypothèses de tolérance administrative prolongée : voir par exemple Crim. 19 février 1887, *Sirey*, 1887.1.280, et les renvois. Tel était le cas, en particulier, des arrêts rendus en matière de marchandage (v. *supra*, note 7). La pression des mouvements ouvriers avait amené le gouvernement provisoire de 1848 à interdire, sous sanction pénale, cette pratique (décret du 2 mars 1848). Mais, peu après, l'orientation politique change : les Parquets mettent le décret en sommeil, et cela dure jusqu'au moment où, vers la fin du XIX<sup>e</sup> siècle, les revendications prolétariennes retrouvent quelque audience. Les forces sociales qui avaient été à l'origine de l'interdiction n'avaient pas cessé d'être en action durant ces cinquante années ; elles avaient seulement été refoulées par des décisions artificielles de l'autorité ; cette inapplication était sans profondeur sociologique. On entrevoit, au passage, que reconnaître un effet abrogatoire à l'ineffectivité ne va pas nécessairement dans le sens du progrès social : tout dépend du contenu de la loi en cause.

(10) Cela ne signifie pas que l'effet de publicité soit toujours atteint, mais que la formalité destinée à le produire est toujours accomplie (sans doute parce que la responsabilité en repose sur deux groupes de techniciens, les notaires et les bureaux des mairies).

(11) On est tenté de ranger ici les mariages, à côté des naissances et des décès. Mais le cas est sans valeur probante, malgré les apparences d'une effectivité *absolue* de la règle de droit : s'il n'y a absolument aucune infraction à la règle qui exige que le mariage donne lieu à un acte de l'état civil, c'est tout simplement parce que l'union entre homme et femme qui a lieu sans intervention d'un officier de l'état civil n'est plus juridiquement un mariage. Le phénomène coïncidant avec l'enregistrement du phénomène, il ne peut y avoir de phénomène qui ne soit enregistré.

Cependant, la plupart des règles de droit — si même nous faisons abstraction ici de celles qui ont un caractère facultatif — comportent un pourcentage toujours appréciable, parfois considérable, d'ineffectivité : ce n'est que dans une fraction des cas où elles devraient être appliquées qu'elles le sont effectivement. Le phénomène n'a pas été beaucoup étudié — sauf en droit pénal, sous les espèces de la criminalité, celle-ci étant l'ineffectivité statistique de la prohibition pénale, vue, il est vrai, du côté des hommes plutôt que du côté des règles. En creusant davantage le concept de criminalité, les pénalistes ont d'ailleurs mis en lumière un autre aspect de l'ineffectivité, l'ineffectivité statistique de la règle de sanction. C'est une distinction classique chez eux (12) que celle de la criminalité *réelle* (le nombre des crimes commis), de la criminalité *apparente* (le nombre des crimes connus de la police) et de la criminalité *légale* (le nombre des crimes sanctionnés, tel qu'il résulte de l'ensemble des condamnations prononcées par les tribunaux répressifs). Même si l'on renonce à pénétrer la criminalité réelle, qui est encore supérieure, on suppose que la criminalité apparente est, dans notre pays, à peu près quadruple de la criminalité légale, ce qui représenterait, pour la loi pénale envisagée comme système de sanctions, un taux d'ineffectivité de 75 %, dont la vie sociale s'accommode.

Ces ineffectivités partielles ont, en certaines hypothèses, des causes fortuites, nous entendons : étrangères à la volonté des gouvernants. Ce sont les déperditions de la machinerie juridique : une technique plus perfectionnée pourra les réduire ; il n'est pas sûr qu'elles puissent être complètement éliminées. C'est le criminel qui échappe aux recherches de la justice ; c'est le contrat contraire à l'ordre public (par exemple, la vente à prix illicite, en période de taxation) qui s'exécute sans que personne en demande la nullité ; c'est le jugement qui, par erreur de droit, refuse d'appliquer une disposition légale, et qui devient inattaquable parce que les voies de recours ne sont pas exercées (13), etc.

Mais, en d'autres hypothèses, c'est par la volonté même des gouvernants (ou de leurs agents) que la règle de droit demeure partiellement ineffective, parce qu'ils estiment que son application, eu égard aux circonstances, ferait plus de mal que de bien (14). La différence relevée entre la criminalité apparente et la criminalité légale s'explique ainsi pour une large part. Quoique les éléments constitutifs d'une infraction soient réunis, quoique la culpabilité d'un individu soit prouvée, il n'est pas rare que le ministère public s'abstienne de poursuivre, "classe l'affaire sans suite" (15). On lui en reconnaît le pouvoir dans notre système de procédure pénale : c'est le principe dit de l'opportunité des poursuites. Ou bien même le tribunal répressif, devant lequel l'individu a été renvoyé, le relaxe, malgré l'évidence de l'infraction, en se déclarant insuffisamment convaincu. Ces attitudes de l'autorité s'inspirent du sentiment que l'ineffectivité de la règle de sanction ne met pas en péril l'ordre social

(12) Cf. Vouin et Léauté, *Droit pénal et criminologie*, 1957, p. 56 et s. ; R. Merle et Vitu, *Traité de crim.*, 1981, n° 11 et s. ; Stéfani, Levasseur et Jambu-Merlin, *Criminologie et science pénitentiaire*, 1968, n° 51 et s.

(13) Une règle de droit n'est pas, sur tous les points du territoire et à tous les instants de la durée, appliquée avec la même intensité, ni comprise de la même manière. Ainsi, le 27 juin 1957, la Cour de cassation avait proclamé, comme une vérité préexistante, la validité de la clause d'échelle mobile dans le contrat de prêt. Mais il y avait eu, dans le sens de la nullité, des décisions de tribunaux et de cours d'appel qui n'avaient pas été déferées à la Cour de cassation ; et sur la foi de ces décisions, des créanciers avaient bien pu renoncer à réclamer l'exécution de la clause, se l'imaginant nulle. Si l'on faisait le bilan pour les années 40 à 60, il laisserait sans doute apparaître que la règle de validité a été partiellement ineffective à cause du défaut d'homogénéité du milieu juridique (le milieu où sont appelées à s'appliquer les règles de droit).

(14) La technique de la dispense (*dispensatio*), si aisément utilisée par le droit canonique, auquel notre droit légaliste en a emprunté — comme à regret — quelques applications (par exemple, dispenses d'âge en matière de mariage, d'examens, etc.), est une mise en forme de cette idée.

(15) Cf. A. Davidovitch et R. Boudon, Les mécanismes sociaux des abandons de poursuite, *Année sociologique*, 1964, p. 111 et s.

tant qu'elle se limite à un certain nombre de cas particuliers ("sans tirer à conséquence", comme le disaient les parlements de l'Ancien Régime). Avec une telle flexibilité, on est loin, il faut en convenir, de cette légalité rigide qui avait été l'idéal juridique de la Révolution. Dans sa logique, l'esprit de légalité commanderait que l'application de la règle de droit fût automatique, donc qu'il n'y eut pas la moindre ineffectivité, la règle portant partout avec elle son application, sa sanction, comme le corps porte l'ombre. Mais, quelle que soit la séduction philosophique de l'idéal légaliste, quelle que soit même sa valeur pratique (par l'aide qu'il apporte à la réalisation de l'égalité), on ne peut pas, on n'a pas pu s'y tenir, parce qu'il contredit, dans l'homme et dans la société, des tendances trop fondamentales. C'est défigurer la réalité humaine et sociale qui s'exprime dans les systèmes juridiques modernes, que de n'en retenir qu'un besoin d'ordre, de régularité, partant de ponctuelle et totale effectivité des règles de droit. Il s'y rencontre des instincts antagonistes : la propension au compromis, l'indulgence, et même la recherche du moindre effort (16), qui inclinent les règles de droit à une ineffectivité tout aussi naturelle.

L'ineffectivité statistique pose des problèmes auxquels la sociologie juridique aura le devoir de s'attaquer quelque jour. Ainsi, une dose déterminée d'ineffectivité s'étant introduite dans le milieu juridique, a-t-elle une tendance propre à se résorber ou à croître ? Quel est ici le rôle de l'imitation, des sentiments égalitaires ? À l'opposé, celui de la réprobation (l'effet de l'îlote ivre) ? Puis, ce problème très broussailleux, dont le défrichage serait pourtant si utile à la constitution d'une législation sociologique : quel est le taux maximum d'ineffectivité qui est compatible avec l'existence d'une règle de droit ? Il est probable que nos préjugés normatifs nous le font placer trop bas.

## • L'INEFFECTIVITÉ INDIVIDUELLE

L'effectivité peut être considérée par rapport non plus à la société mais à l'individu, à chaque individu qui a l'obligation de conformer sa conduite à la règle de droit. S'y soumettra-t-il ? S'y soustraira-t-il ? L'ineffectivité statistique, qui est la destinée ordinaire des règles de droit, est faite d'une multitude d'effectivités et d'ineffectivités individuelles.

Mais peut-il jamais y avoir ineffectivité partielle au niveau de l'individu ? Il semble que, de la part de celui-ci, la réponse à la règle ne puisse être que par oui ou par non. Tout ou rien : il la suivra telle qu'elle a été édictée, et elle sera accomplie ; ou il s'en écartera, fût-ce d'un iota, et elle sera violée. Concevrait-on un meurtrier à 65 % ? un contrat à moitié contraire à l'ordre public ?

Position solide dans l'abstrait. Cependant, les droits positifs, si on les interroge, révèlent bien des demi-teintes possibles dans l'accomplissement individuel de la règle — comme, tout à l'heure, dans son accomplissement global : parce que les réalités dont ils ont à s'occuper, comme toutes choses humaines, sont plus souvent médiocres qu'extrêmes, il leur faut savoir se faire accommodants aussi bien que tranchants. C'est un mécanisme juridique élémentaire que l'appréciation de la gravité des fautes : on le retrouve, diversifié, à travers des techniques telles que le bénéfice des

(16) La recherche du moindre effort conduit quelquefois l'État à adopter, pour l'application de ses lois, une technique (très remarquable du point de vue des principes, et notamment de l'égalité devant la loi) de contrôle par sondages. Les vérifications douanières, les rondes de police ressortissent à ce type. Une telle technique repose sur une constatation de psychologie expérimentale : savoir que l'indétermination du temps et du lieu des sondages entretient une crainte suffisamment généralisée pour entraîner l'application de la loi même dans les intervalles. Mais elle implique aussi l'acceptation de ce fait que, dans les intervalles, un certain nombre de cas de non-application pourront échapper aux sanctions légales. Cette ineffectivité statistique de la règle paraît préférable aux frais et aux gênes que causerait un contrôle continu. Du moins elle le paraît aux gouvernements sages.

circonstances atténuantes en droit pénal, la distinction de la *culpa lata* et de la *culpa levis* en droit privé, etc. Or, faisant réflexion que la faute est définie par les juristes comme le manquement à un devoir légal, coutumier, moral, donc, en dernière instance, comme le manquement à une règle, il apparaît que, si le manquement à la règle est susceptible d'appréciation, c'est que l'ineffectivité de la règle est susceptible de degrés. De semblable manière, croit-on que la règle qui impose à un débiteur de payer ses dettes soit d'une application indivisible ? Mais beaucoup de faillis donnent un dividende ; mais beaucoup de débiteurs paient *mal*, parce qu'ils paient en retard, quoiqu'ils paient. Dans les déclarations à l'enregistrement, les insuffisances (qui traduisent, en somme, une ineffectivité partielle de la loi fiscale) sont aussi fréquentes que les omissions (qui représentent l'ineffectivité totale). Et nous citerons, dans la même ligne de pensée, la fameuse enquête américaine sur le comportement des automobilistes en face d'un feu rouge non surveillé (17). Cette enquête a montré que les automobilistes se répartissent en trois groupes : ceux qui s'arrêtent, ceux qui passent sans ralentir, et ceux qui passent, mais en ralentissant *plus ou moins* fortement (18). C'est ce troisième groupe qui est le plus intéressant. En eux, la règle n'est point totalement ineffective. Conformistes ? non conformistes ? conformistes supérieurs, puisqu'ils raisonnent la règle ? L'ambiguïté de leur comportement reflète l'ambiguïté même de l'ineffectivité partielle, qui est aussi, vue par son revers, une partielle effectivité.

\*.\*.\*

Les analyses qui viennent d'être tentées, si rapides qu'elles soient, autorisent peut-être une première conclusion : c'est que l'effectivité n'est pas ce bloc sur lequel juristes et sociologues se sont trop facilement accordés — pour mieux faire éclater ensuite leur désaccord. C'est une notion toute relative. Dans des recherches ultérieures, il pourrait être préférable de dissoudre la notion et de mettre à sa place la série hétérogène que nous avons esquissée. Il faudrait même entrer davantage encore dans le concret. Tout ne se laisse pas ramener à une différence de degré. La diversité des causes (tolérance administrative, politique des parquets, désuétude *stricto sensu*, rébellion des sujets, etc.) imprime, sans doute, à chaque groupe de phénomène d'ineffectivité une autonomie suffisante pour justifier un traitement séparé.

Une autre conclusion semble se dégager : la prépondérance des états intermédiaires (nous ne disons pas : dégradés). Entre l'effectivité totale et l'ineffectivité totale, également exceptionnelles, c'est la grisaille de l'ineffectivité partielle qui domine. Cette sorte d'ineffectivité ne doit pas être regardée *a priori* comme un phénomène morbide. Elle est, pour une large part, naturelle à la règle de droit.

Nous pouvons tenter maintenant de porter un jugement sur l'exigence d'effectivité. La phrase banale, que les règles de droit sont faites pour s'appliquer, quoiqu'elle ait l'air d'un truisme, n'est pas une vérité. Du moins, pas une vérité générale. S'il est des règles qui ont dans leur vocation d'être appliquées, et pour lesquelles, partant, l'inapplication peut être présumée échec, il en est d'autres dont la vocation, paradoxalement, est de n'être pas appliquées, à tout le moins de ne l'être pas constamment, ni jusqu'au bout (19).

(17) Cf. J.-W. Allport, *The y Curve hypothesis of conforming behavior*, *Journal of Social Psychology*, mai 1934, p. 141 et s.

(18) Respectivement 75,5 %, 0,5 % et 24 % (22 % qui ralentissent très fortement et 2 % qui ralentissent faiblement).

(19) À cet endroit, nous rencontrons la notion si remarquable du *comminatoire*. Non pas au sens vulgaire de la simple menace, mais au sens technique qu'y mettent les juristes. Pour eux, le mot désigne une sanction destinée à exercer une pression psychologique par l'incertitude même de son application. L'ancien droit usait abondamment, dans ses procédures, de nullités, d'amendes, de déchéances

Il ne paraît donc pas légitime d'inclure l'effectivité dans une définition sociologique de la règle de droit : ce serait faire du contingent le nécessaire. Certes, l'application de la règle est un fait sociologiquement considérable. Mais la règle est un phénomène sociologique dès avant son application et indépendamment de celle-ci. L'exigence d'effectivité est *excessive*.

Nous sera-t-il permis d'ajouter qu'elle peut être *dangereuse* ? Elle mène à une caricature de raisonnement législatif, que l'on qualifie trop légèrement de sociologique : puisque la règle ne réussit pas à se faire obéir, il n'y a qu'à la changer. Mais il peut être important de maintenir une règle, même violée, si elle répond à un intérêt social évident. Un exemple édifiant en a été fourni par notre procédure d'instruction criminelle. On sait quelles larges garanties la loi du 8 décembre 1897 avait prévues en faveur de l'inculpé (interrogatoire réservé au juge d'instruction, obligation d'y procéder dans les 24 heures de l'entrée dans la maison d'arrêt, etc.), et comment, par la paresse ou la faiblesse de ceux qui en étaient chargés, et aussi le peu de profondeur de leurs convictions libérales, ces garanties restèrent ineffectives, cédèrent même la place à des abus contraires (enquête officieuse, interrogatoire policier). Les esprits effectivistes sont alors intervenus : il n'y a pas à regretter, ont-ils dit, des garanties qui n'existent que sur le papier ; mieux vaut les supprimer pour s'aligner sur ce qui se passe effectivement. Le malheur est que ce raisonnement n'est pas resté sans influence sur le Code de procédure pénale de 1957. Et l'on a pu s'apercevoir que l'effectivisme était un faux réalisme : tant que les pratiques policières restaient illégales, elles étaient contraintes à quelque prudence ; une fois qu'elles eurent été prises en compte par la loi, se sentant plus d'assiette, elles acquirent plus d'audace. On a oublié trop vite qu'une règle de droit, même ineffective, peut avoir son utilité, en créant un climat d'insécurité juridique, de responsabilité, de "mauvaise conscience", qui s'oppose à des violations plus étendues. Au fond, ineffective aux yeux du juriste, elle demeure effective, partiellement effective pour le sociologue. Que la sociologie juridique, en tout cas, si elle veut progresser, se garde des deux côtés : de ceux qui veulent l'empêcher de dire son mot dans la législation ; de ceux qui veulent lui faire dire ce mot à leur propre convenance.

---

comminatoires, qui étaient prononcées, mais pouvaient n'être pas appliquées. En 1806, le Code de procédure civile (art. 1029) entendit abolir cette technique, jugée peu harmonique au principe de légalité. Mais le comminatoire a reparu sous d'autres formes. On connaît la pratique des astreintes, ces condamnations indéfiniment grossissantes, à tant par jour de retard, prononcées contre les débiteurs, les expulsés récalcitrants. Le propre de l'astreinte est d'être comminatoire, c'est-à-dire que les condamnations encourues *pourront être réduites après coup* si le débiteur, si l'expulsé ont, tout de même, fini par obtempérer. Comment se fait-il alors que l'astreinte garde sa force d'intimidation ? Parce qu'il n'est jamais certain *a priori* qu'elle sera réduite : c'est assez de l'incertitude qui plane sur l'application finale du jugement (ou de la règle que le jugement consacre) pour en assurer le respect dans la moyenne des occurrences. Mais la notion du comminatoire peut être généralisée. Sauf dans les législations qui refusent au juge répressif le moindre pouvoir quant à la fixation de la peine, toutes les lois pénales ont, en somme, un caractère comminatoire, en ce sens qu'il n'est jamais assuré qu'elles seront appliquées au maximum de leur rigueur. C'est ici le lieu de rappeler la formule subtilement nuancée qu'employaient les Constitutions impériales pour *comminer* la peine de mort : ... *non sine periculo capitis*. Les juristes affirment volontiers que c'est la certitude de la répression qui fait l'efficacité d'un système pénal. Conception un peu grosse : en fait, l'incertitude y suffit bien. Et mieux. Car, s'il fallait appliquer intégralement, chaque fois qu'elles sont encourues, toutes les sanctions prévues par les lois pénales, on introduirait dans la société un flot de pénalités qu'elle ne supporterait pas. Le comminatoire, c'est-à-dire l'incertitude de l'effectivité, permet une économie de moyens pénaux, qui est fort salubre. Il y a longtemps que l'on s'en est aperçu. Nombreux, dans l'ancien droit, sont les exemples où le pouvoir royal, après avoir édicté un texte sévère, recommandait aux juges de ne pas l'appliquer dans toute sa rigueur (voir ainsi, dans la correspondance du chancelier Pontchartrain, sa lettre de 1700 adressée au Parlement de Paris sur les peines à appliquer aux mendiants ; cf. la pratique du *retentum*, par laquelle les juges adoucissaient secrètement le supplice auquel ils venaient de condamner l'accusé).



# DOCUMENTS

## I - ÉTUDES DIVERSES DES SERVICES DU MINISTÈRE DE LA JUSTICE SUR L'APPLICATION DU DROIT PAR LES COURS ET TRIBUNAUX (\*)

Études sur le contentieux locatif, INFOSTAT JUSTICE  
Études sur les procédures collectives, INFOSTAT JUSTICE

## II - LES PROBLÈMES DE LA JUSTICE (\*\*)

Extraits Rapport par Hubert Haenel, Sénat, n° 357  
Extraits Rapport par Hubert Haenel, Sénat, n° 400

## III - FAC-SIMILÉS "LES CHIFFRES CLÉS DE LA JUSTICE" (\*\*\*) (MINISTÈRE DE LA JUSTICE, OCTOBRE 1992) (pp. 10 à 19)

---

(\*) Études publiées avec l'aimable autorisation du Ministère de la Justice.

(\*\*) Rapports publiés avec l'aimable autorisation du Sénat.

(\*\*\*) Publiés avec l'aimable autorisation du Ministère de la Justice.



## LES CONTENTIEUX LOCATIFS DEVANT LES TRIBUNAUX D'INSTANCE

Par

Christian BEROUJON (\*) et  
Brigitte MUNOZ-PEREZ (\*\*)

*En 1988, près de 144 000 contentieux locatifs ont été soumis aux tribunaux d'instance, par les bailleurs essentiellement. Ces derniers forment surtout des demandes en paiement des loyers, éventuellement assorties de demandes de résiliation du bail et d'expulsion (96 200 demandes). Les locataires ont surtout affaire à la justice lorsqu'ils sont assignés par leurs bailleurs. Ils sont alors souvent absents du procès, n'exerçant une défense que dans 44 % des cas.*

### *Un contentieux émanant massivement des bailleurs*

Dans près de neuf affaires sur dix, on connaît l'identité juridique du demandeur -tableau 1-. Dans l'immense majorité de ces affaires, *ce sont les bailleurs qui saisissent les tribunaux (96 %)*. Ils demandent à titre principal le paiement des loyers et accessoirement la résiliation du bail et l'expulsion (96 204 demandes). Cette dernière est aussi demandée à titre principal dans le cadre de la validité du congé (13 069).

---

\* CNRS - Centre Pierre Léon.

\*\* Statisticienne à la division de la Statistique et des Études

**Tableau 1 - Près de 144 000 contentieux locatifs soumis aux tribunaux d'instance en 1988 (Métropole et DOM).**

Auteurs et objets des demandes	TOTAL	Procédures au fond	Procédures de référé	% référé
<b>Total baux d'habitation et professionnels</b>	<b>143 755</b>	<b>94 082</b>	<b>49 673</b>	<b>34,6</b>
<i>Demandes émanant des bailleurs</i>	<i>122 596</i>	<i>82 977</i>	<i>39 619</i>	<i>32,3</i>
Demande en paiement loyers et/ou résiliation-expulsion	96 204	62 601	33 603	34,9
Demande validité du congé-expulsion	13 069	7 942	5 127	39,2
Demande fixation judiciaire loyer ou charges*	9 404	9 265	139	1,5
Demande exécution obligations locat. autre que paiement	2 688	2 069	619	23,0
Demande dommages intérêts en fin de bail	1 231	1 100	131	10,6
<i>Demandes émanant des locataires</i>	<i>5 018</i>	<i>3 276</i>	<i>1 742</i>	<i>34,7</i>
Demande travaux à la charge du bailleur	1 524	926	598	39,2
Demande maintien dans les lieux	1 434	573	861	60,0
Demande sanctions contre bailleur pour troubles de jouissance	1 116	870	246	22,0
Demande indemnités fin de bail	944	907	37	3,9
<i>Demandes émanant des bailleurs ou des locataires **</i>	<i>16 141</i>	<i>7 829</i>	<i>8 312</i>	<i>51,5</i>

\* Cette action, théoriquement ouverte aux deux parties, est en pratique exercée par les bailleurs. Cf. "Le contentieux judiciaire généré par la loi du 23/12/86", INFOSTAT n° 1, mars 1989.

\*\* Ce poste regroupe les autres demandes relatives à un bail d'habitation ou professionnel. Il comprend, entre autres, les expulsions demandées à titre principal (squatter, locataire après expiration ou résiliation du bail ...) et les oppositions à commandement de payer formées par les locataires.

Source : répertoire général civil

*Au total, près de 110 000 bailleurs ont demandé au juge un titre exécutoire susceptible de conduire à l'expulsion des locataires (1).*

### *Des locataires rarement en position de demandeurs*

Sur 100 affaires, dans lesquelles le demandeur est identifié, moins de quatre sont introduites par les locataires. Ainsi, en 1988, 1 434 locataires ont demandé le maintien dans les lieux pour s'opposer à une expulsion, 2 640 l'exécution de travaux à la charge du bailleur, la résiliation du bail ou des dommages-intérêts en raison de troubles de jouissance. Enfin, 944 locataires ont demandé en fin de bail le paiement d'une indemnité pour l'amélioration des lieux loués ou la restitution du dépôt de garantie.

### *Une défense peu exercée par les locataires*

Que ce soit dans le cadre d'une procédure au fond ou en référé, la majorité des locataires ne comparait ni ne se fait représenter devant le juge. Ainsi, dans le

(1) Ce nombre est vraisemblablement sous-estimé. En effet, malgré la compétence des tribunaux d'instance en matière de baux d'habitation et professionnels (voir encadré), certains tribunaux de grande instance continuent de traiter une partie de ce contentieux en référé. La mise en place en 1990 d'un enregistrement des référés TGI permettra d'apprécier le volume de leur activité en la matière.

contentieux de l'impayé des loyers, moins de 45 % des décisions ont été rendues contradictoirement.

En revanche, les bailleurs en position de défendeurs prennent une part active au procès : ils comparaissent ou se font représenter par un avocat dans plus de 85 % des cas.

### *Un contentieux de masse traité rapidement*

La part des affaires introduites et réglées au cours de la même année constitue un bon indicateur de la rapidité de traitement des litiges par les tribunaux d'instance. En matière d'impayé de loyer, de loin le contentieux le plus important, cette part représente plus de huit affaires sur dix en 1988. Il est traité en moyenne en quatre mois devant les juridictions du fond et en 1,2 mois devant les juridictions de référé.

En revanche, la résolution de certains contentieux requiert des délais plus longs, notamment lorsque la nature du litige implique que des mesures d'instruction soient ordonnées en cours de procédure et lorsque l'exercice de la défense est actif. Le contentieux de la fixation judiciaire du loyer constitue à cet égard un bon exemple : plus des deux tiers des affaires introduites en 1988, n'avaient pas encore été réglées à la fin de l'année.

### *Un tiers des demandes sont formées en référé*

Près de 35 % des demandes sont formées devant le juge des référés -tableau 1-. Cependant, bailleurs et locataires font un usage différencié de cette procédure.

Pour le locataire, qui vient de recevoir un commandement de payer, le référé représente un moyen de faire suspendre par le juge les effets d'une clause résolutoire du bail et d'éviter ainsi l'expulsion (2). Pour celui dont l'expulsion est déjà prononcée, le référé constitue l'ultime recours avant l'exécution de la décision (3). C'est dans ce type de contentieux que l'usage du référé est le plus fréquent : 60 % -tableau 1-. Dans d'autres litiges, le référé constitue un moment particulier de la procédure : il en est ainsi du référé expertise préalable à une demande de travaux.

Pour les bailleurs, le référé constitue, dans la majorité des cas, le moyen de clore définitivement de très nombreux litiges par l'obtention d'un titre de recouvrement ou d'expulsion immédiatement exécutoire. Il en est ainsi en matière d'impayé de loyer où le juge des référés joue désormais un rôle absolument équivalent à celui du juge du fond. Il peut ainsi prononcer simultanément une condamnation à paiement, la résiliation du bail par application de la clause contractuelle et l'expulsion. Il dispose également du pouvoir d'accorder des délais par application de l'art. 1244 du code civil.

### *L'utilisation du référé : de fortes disparités locales*

En matière d'impayé de loyer, les pratiques de saisine -fond ou référé- sont très diversifiées. Ainsi devant les tribunaux d'instance ayant une forte activité -plus de 800 affaires d'impayé en 1988- la part des référés varie de 6,4 % (Nantes) à 80,1 %

(2) Art. 25 de la loi du 22/06/82, repris successivement par l'art. 19 de la loi du 23/12/86 et par l'art. 24 de la loi du 6/07/89.

(3) Art. L. 613-1 du Code de la construction et de l'habitation.

(Nice) -tableau 2-. On observe des variations de même ampleur devant les petites ou moyennes juridictions.

De telles disparités révèlent l'existence de pratiques professionnelles locales (avocats, huissiers, administrateurs de biens, bailleurs institutionnels et magistrats).

**Tableau 2 - Contentieux de l'impayé : la part des référés varie beaucoup d'un tribunal à l'autre (Métropole et DOM)**

TRIBUNAUX D'INSTANCE	Demande de paiement résiliation expulsion	% référé
<b>Ensemble</b>	<b>96 204</b>	<b>34,9</b>
<i>dont :</i>		
Paris*	6 103	21,2
Marseille	4 841	47,9
Lyon	2 754	69,0
Toulouse	1 958	69,3
Villeurbanne	1 887	75,9
Bordeaux	1 858	36,2
Nice	1 732	80,1
Rouen	1 608	42,6
Toulon	1 377	69,6
Nancy	1 342	37,0
Montpellier	1 297	68,9
Aulnay-Sous-Bois	1 232	17,0
Le Havre	1 054	55,7
Juvisy-Sur-Orge	1 041	57,3
Versailles	1 016	21,6
Grenoble	975	36,4
Martigues	974	70,3
Nantes	946	6,4
Pontoise	923	50,8
Gonesse	877	38,9
Corbeil	872	13,6
Saint-Etienne	803	23,9
<p>* Les demandes formées devant les 20 tribunaux d'instance de Paris ont été regroupées. Le pourcentage moyen de référé est faible, il pourrait s'expliquer par une concurrence du TGI de Paris en matière d'impayé de loyer.</p> <p>Remarque : Des données détaillées par juridiction ou par département peuvent être communiquées, sur demande à la division de la Statistique et des Etudes.</p>		

Source : répertoire général civil

## COMPÉTENCE ET PROCÉDURE

### Compétence d'attribution

L'article R 321-2 du Code de l'organisation judiciaire attribue au tribunal d'instance une compétence générale en matière de louage d'immeuble "sous réserve des dispositions législatives ou réglementaires particulières". En l'état actuel du droit positif, ces dispositions concernent exclusivement les baux commerciaux ou ruraux. Si bien que tous les litiges privés relatifs aux baux d'habitation ou professionnels relèvent de la compétence des tribunaux d'instance.

La compétence du président du tribunal de grande instance pour prononcer par voie de référé l'expulsion de locataire n'a plus aucune justification légale depuis qu'il existe un référé d'instance (4). Le seul domaine d'intervention de cette juridiction en matière de bail d'habitation ou professionnel concerne aujourd'hui les difficultés d'exécution d'un jugement ou autre titre exécutoire (art. 811 NCPC).

### Compétence territoriale

L'article R 321-26 du Code de l'organisation judiciaire dispose qu'en matière de louage, le tribunal d'instance territorialement compétent est celui du lieu de situation de l'immeuble.

### Sanction des règles de compétence

La violation par le demandeur des règles de compétence précitées ne peut pas être relevée d'office par le juge, elle doit être invoquée par le défendeur (art. 92 et 93 NCPC) avant toute défense au fond (art. 74 NCPC). En pratique, certains tribunaux de grande instance ont une activité non négligeable en matière de baux d'habitation ou professionnels.

### Procédures

Le contentieux locatif, comme tout contentieux porté devant le tribunal d'instance, peut, selon l'objet des demandes, transiter par des circuits procéduraires diversifiés : tentative préalable de conciliation, procédure au fond, injonction de payer, référé, voies d'exécution. L'articulation entre ces procédures s'effectue sur des modes divers, de la simple complémentarité (référé-expertise préalable à une demande de travaux, saisie-arrêt postérieure à une ordonnance d'injonction de payer, demande de sursis à exécution formée devant le juge des référés postérieurement à une résiliation judiciaire du bail, etc...), à la véritable concurrence dont un exemple type nous est fourni en matière de contentieux du paiement des loyers.

Dans ce type de litiges, la compétence du juge des référés, qu'elle soit fondée sur l'article 808 (condition d'urgence) ou 809 du NCPC (existence d'un trouble manifestement illicite), ne fait aucun doute. Le choix de cette procédure, plus rapide que la procédure au fond, offre au bailleur les mêmes avantages. Il pourra, en effet, obtenir du juge des référés la condamnation du locataire au paiement des loyers, éventuellement assortie d'une astreinte (art. 491 NCPC) et son expulsion, par application de la clause de résiliation automatique du bail. Il pourra obtenir simultanément la condamnation du défendeur aux dépens (art. 491 NCPC précité) et, le cas échéant, le paiement d'une somme d'argent en application de l'article 700 du NCPC (5). L'ordonnance ainsi rendue a bien un caractère "définitif", dans la mesure où, en pratique, aucune instance au fond ne sera ultérieurement entreprise.

(4) L'exclusion de la compétence du président du TGI implique l'existence d'un bail entre les parties. En effet, lorsqu'il s'agit de prononcer l'expulsion d'un occupant sans droit ni titre, le président du TGI est bien compétent.

(5) Cass. Civ. 3è., 19.11.80, RTDC 1981, 680, obs. Normand.



## INFOSTAT

Bulletin d'information de la Division de la Statistique et des Études  
Numéro 23 - Juin 1991

# LA FIXATION JUDICIAIRE DU LOYER

Par

Christian BEROUJON (\*), Sylvie BRUXELLES (\*\*),  
Brigitte MUNOZ-PEREZ (\*\*\*)

*De 1988 à 1990, les tribunaux d'instance ont été saisis de 23 678 demandes de fixation judiciaire du loyer, à l'issue de l'échec de la procédure de règlement amiable devant les commissions départementales de conciliation.*

*Essentiellement formées devant les juridictions d'Île de France, les demandes d'augmentation du loyer formulées dans le cadre d'un renouvellement de bail représentent la quasi-totalité des affaires. Les contentieux liés aux sorties du champ d'application de la loi de 1948 sont marginaux.*

*La durée moyenne des affaires de fixation du loyer est deux fois plus élevée que celles des autres contentieux locatifs, notamment en raison des mesures d'instruction ordonnées cinq fois plus souvent dans ce type de litige.*

*41 % des décisions prononcées en 1988 ont été contestées en appel, mais la fréquence des recours formés contre les décisions rendues en 1989 diminue fortement, le taux d'appel s'établissant à 22,2 %. Le niveau de ces taux est particulièrement élevé si on le compare à celui des autres contentieux des baux.*

La saisine du juge est précédée d'une procédure amiable devant les commissions départementales de conciliation (C.D.C.) -figure 1-. Celles-ci ont rendu, en 1988 et en 1989, 32 629 avis constatant la conciliation ou le défaut d'accord des parties. Mais le nombre d'avis ne rend pas compte de l'ensemble des contentieux soumis aux CDC. En effet, l'enquête réalisée auprès des CDC de Paris et du Rhône, représentant plus de 35 % de l'activité nationale, révèle que moins de la moitié des affaires dont sont saisies ces deux commissions donnent lieu à l'émission d'un avis. Les autres affaires sont évacuées par le secrétariat de la commission (désistement, demande déclarée irrecevable, en raison notamment d'une notification tardive ou d'une saisine prématurée...).

Les demandes d'augmentation du loyer formulées dans le cadre d'un renouvellement de bail représentent la quasi-totalité des affaires. Les contentieux liés aux sorties du champ d'application de la loi de 1948 sont marginaux (moins de 3 %) ce qui peut s'expliquer par la progressive disparition du parc de logements concernés.

Une autre cause pourrait résider dans l'absence de réaction des locataires ou occupants auxquels la procédure était applicable. En effet, jusqu'en 1989, c'est l'absence de réponse à la proposition du bailleur qui était sanctionnée soit par l'accep-

---

\* CNRS - Centre Pierre Léon.

\*\* CNRS, Informatique Droit Linguistique, Paris

\*\*\* Statisticienne à la division de la Statistique, des Études et de la Documentation.

tation tacite du prix, soit par le départ forcé du local. Or, une grande partie des locataires ou occupants en cause sont des personnes âgées, ce qui les incite moins à agir.

Ceci pourrait expliquer en partie l'augmentation des demandes des bailleurs tendant à faire constater la validité du congé enregistrée entre 1988 et 1989 (+ 32 %).

• **Défaut d'accord sur le nouveau prix du loyer dans près des trois quarts des procédures**

Devant la formation de conciliation des CDC, seulement 26 % des bailleurs et des locataires parviennent à un accord sur le nouveau prix du loyer (1). Les parties n'ayant pu se concilier sont renvoyées à saisir le juge pour qu'il tranche leur litige. Cependant, l'enquête réalisée devant la CDC de Paris révèle que toutes les parties ne saisissent pas le juge après un constat de non accord devant la formation de conciliation. La négociation sur le prix du bail se poursuit donc après la procédure de règlement amiable et peut encore aboutir à un accord hors institution.

Les hypothèses de saisine du juge ne se limitent pas aux seuls échecs de la conciliation devant les CDC. En effet, lorsque les commissions n'ont pas rendu d'avis pour des problèmes de procédure, les parties ont également pu saisir le juge pour "défaut d'accord constaté". Ce phénomène explique sans doute que le nombre des demandes de fixation judiciaire du loyer enregistré en 1989 excède celui des avis de non conciliation devant les CDC. -tableau 1-.

**Tableau 1 -**

**Avis de non conciliation des CDC et saisines des juges ; 1988-1990**

Année	Nombre d'avis de non conciliation *	Nombre de saisines des juges **
<b>Total</b>	<b>24 105</b>	<b>23 678</b>
1988	9 914	9 265
1989	11 477	12 192
1990	2 714	2 221

\* Source : ministère de l'Équipement, du Logement, des Transports et de la Mer. Direction de la Construction.  
 \*\* Source : Répertoire général civil

• **Plus de 12 000 demandes de fixation judiciaire du loyer en 1989**

*En 1989, les tribunaux d'instance ont été saisis de 12 192 demandes de fixation du loyer, soit une progression de 36,5 % par rapport à 1988 (2). Comme en*

(1) On note cependant de fortes variations du taux de conciliation d'une CDC à l'autre (4 % pour 1989 en Seine-Saint-Denis, 9 % dans les Hauts-de-Seine et l'Essonne, 18 % dans le Val de Marne, 20 % à Paris et plus de 82 % dans les Yvelines). Cf. rapport sur l'évolution des loyers en 1989, ministère de l'Équipement, du Logement des Transports et de la mer - Direction de la Construction, juin 1990.

(2) Voir : le contentieux judiciaire généré par la loi du 23 décembre 1986 INFOSTAT n° 1, mars 1989.

1988, ces demandes ont été formées essentiellement devant les tribunaux d'île de France (85 %) et plus particulièrement devant ceux de Paris, des Hauts-de-Seine et de la Seine Saint-Denis, (respectivement 39,6 %, 18,8 % et 15,1 %). Ces trois départements regroupent donc à eux seuls près des trois quarts des demandes.

Un quart des demandes ont été introduites au cours du mois de juin 1989. Cette concentration résulte des dispositions légales de procédure, obligeant les parties n'ayant pu se mettre d'accord sur le prix du bail renouvelé -devant les commissions départementales de conciliation ou en dehors de celles-ci- à saisir le tribunal d'instance avant l'expiration du contrat en cours (3). Le mois de juin correspond à la date d'expiration légale de tous les baux à durée indéterminée qui n'avaient pas été mis en conformité avec la loi du 22 juin 1982.

• **Chute de 82 % du contentieux en 1990**

*En 1990, le contentieux s'est considérablement réduit. Les tribunaux d'instance n'ont été saisis que de 2 221 demandes.* Les mesures de blocage prises par les décrets du 28 avril 1989 et du 27 août 1990 pour les communes appartenant à l'agglomération de Paris expliquent en partie ce tarissement. De plus, la loi de 1986 a déjà produit ses effets sur un grand nombre de baux qui ont été renouvelés entre 1987 et 1989, avec application des dispositions relatives à l'augmentation du loyer. Cette dernière doit être échelonnée sur 6 ans, dès lors qu'elle est supérieure à 10 %. En l'état actuel du dispositif légal et en l'absence d'une reconduction des décrets de blocage, une reprise du contentieux n'est pas exclue à partir de 1993, à l'issue de la période d'échelonnement.

• **Des désistements fréquents dans les procédures introduites en 1988**

Pour étudier l'issue des procédures de fixation judiciaire du loyer, les affaires introduites en 1988 ont été suivies jusqu'au 31 décembre 1990, date à laquelle la quasi-totalité des procédures étaient terminées (96,7 %). Seulement 55 % des affaires de fixation du loyer se sont terminées par une décision au fond. Cette proportion est beaucoup plus élevée dans les autres contentieux locatifs (78 %) -tableau 2-.

**Tableau 2 -  
Issue des procédures introduites en 1988**

Issue de la procédure	Contentieux locatif total		Contentieux locatif hors fixation		Fixation du loyer	
	Nombre	%	Nombre	%	Nombre	%
<b>Total affaires terminées</b>	<b>90 438</b>	<b>100,0</b>	<b>81 467</b>	<b>100,0</b>	<b>8 971</b>	<b>100,0</b>
Jugement au fond	68 623	75,9	63 675	78,2	4 948	55,2
Sans jugement au fond	21 815	24,1	17 792	21,8	4 023	44,8
désistement	9 913	11,0	8 163	10,0	1 750	19,5
radiation	7 242	8,0	5 599	6,9	1 643	18,3
jonction	3 067	3,4	2 575	3,1	492	5,5
autre	1 593	1,7	1 455	1,8	138	1,5

Source : répertoire général civil

(3) Art. 21 de la loi du 23 décembre 1986, devenu art. 17 c de la loi du 6 juillet 1989.

En matière de fixation du loyer, 19,5 % des affaires se sont terminées par un désistement du demandeur. Cette proportion pourrait atteindre 40 % si l'on inclut les radiations qui sont le plus souvent prononcées à la suite de désistements. Les enquêtes réalisées auprès des tribunaux d'instance de Paris et de Lyon révèlent que la cause principale de ces désistements est l'accord des parties sur le prix du loyer.

Malgré les très nombreuses conditions formelles de validité de la procédure, les décisions d'irrecevabilité représentent une infime minorité des actes de clôture : une affaire sur mille.

• **La proposition du bailleur acceptée totalement dans 35 % des jugements**

Dans le contentieux de la fixation judiciaire du loyer, les acceptations totales des demandes des bailleurs sont beaucoup moins fréquentes que dans les autres contentieux locatifs habituellement soumis à cette juridiction (35,3 % contre 73 %) -tableau 3-.

**Tableau 3 -  
Procédures introduites en 1988 : les décisions au fond**

Résultat	Contentieux locatif - total		Contentieux locatif hors fixation du loyer		Fixation du loyer	
	Nombre	%	Nombre	%	Nombre	%
Jugement au fond	68 623	100,0	63 675	100,0	4 948	100,0
Acceptation totale	48 211	70,2	46 464	73,0	1 747	35,3
Acceptation partielle	14 747	21,5	12 620	19,8	2 127	43,0
Rejet	5 665	8,3	4 591	7,2	1 074	21,7

Source : répertoire général civil

La qualité souvent médiocre des références fournies par le demandeur à l'appui de sa demande entraîne une part importante de rejets ou d'acceptations partielles pour "prétentions non intégralement justifiées" (respectivement 21,7 % et 43 %).

• **Des mesures d'instruction ordonnées dans 13,7 % des procédures**

Pour fixer le montant du loyer, le juge d'instance peut s'estimer insuffisamment éclairé par les pièces fournies par les parties, notamment lorsqu'il se trouve confronté à des éléments d'appréciation contradictoires. Ceci peut le conduire à ordonner une mesure d'instruction (expertise, consultation, vérifications personnelles...).

13,7 % des procédures de fixation du loyer introduites en 1988 ont fait l'objet d'une mesure d'instruction. Cette proportion est cinq fois plus élevée dans le contentieux de la fixation du loyer que dans les autres contentieux locatifs (2,7 %). Les deux tiers de ces mesures ont consisté en la désignation d'un expert par jugement avant dire droit.

Pour les affaires introduites en 1989, dont 10,3 % n'étaient pas terminées au 31 décembre 1990 (4), la fréquence des mesures d'instruction sera probablement plus faible. En effet, si l'on suit les affaires entrées en 1988 et 1989 pendant deux ans, on constate qu'à l'issue de cette même période d'observation, la proportion des affaires ayant fait l'objet d'une mesure d'instruction est moitié moins élevée pour la promotion 1989 que pour celle de 1988 (respectivement 4 % et 8 %). Le recours plus faible aux mesures d'instruction peut s'expliquer par la constitution progressive de jurisprudences locales et par l'insatisfaction des juges quant aux résultats obtenus par ces mesures.

• **Fixation judiciaire du loyer : des procédures deux fois plus longues que les autres contentieux locatifs**

Le contentieux relatif au bail d'habitation habituellement soumis aux tribunaux d'instance est susceptible d'être traité assez rapidement, notamment lorsqu'il est demandé au juge de tirer les conséquences d'une clause résolutoire, pratiquement de style dans ce genre de convention. Ainsi, en matière d'impayé de loyer -de loin le contentieux le plus important (5)- les procédures introduites en 1988 ont été traitées en moyenne en 3,9 mois.

En revanche, lorsque la contestation soumise au juge concerne l'évaluation du prix du bail, qu'il doit fixer au cas par cas dans chaque procès, la durée moyenne des affaires est deux fois plus élevée (8,3 mois) que dans le contentieux de l'inexécution du contrat (3,9 mois).

La nature de ce litige, impliquant que des mesures d'instruction soient plus souvent ordonnées, explique en partie l'allongement de la durée du procès observé. Mais il faut noter que, même en l'absence de telles mesures, les délais de traitement sont deux fois plus élevés, en raison notamment des renvois successifs accordés aux parties pour parvenir à une transaction -tableau 4-.

**Tableau 4 -  
Durée moyenne des procédures introduites en 1988 (en mois)**

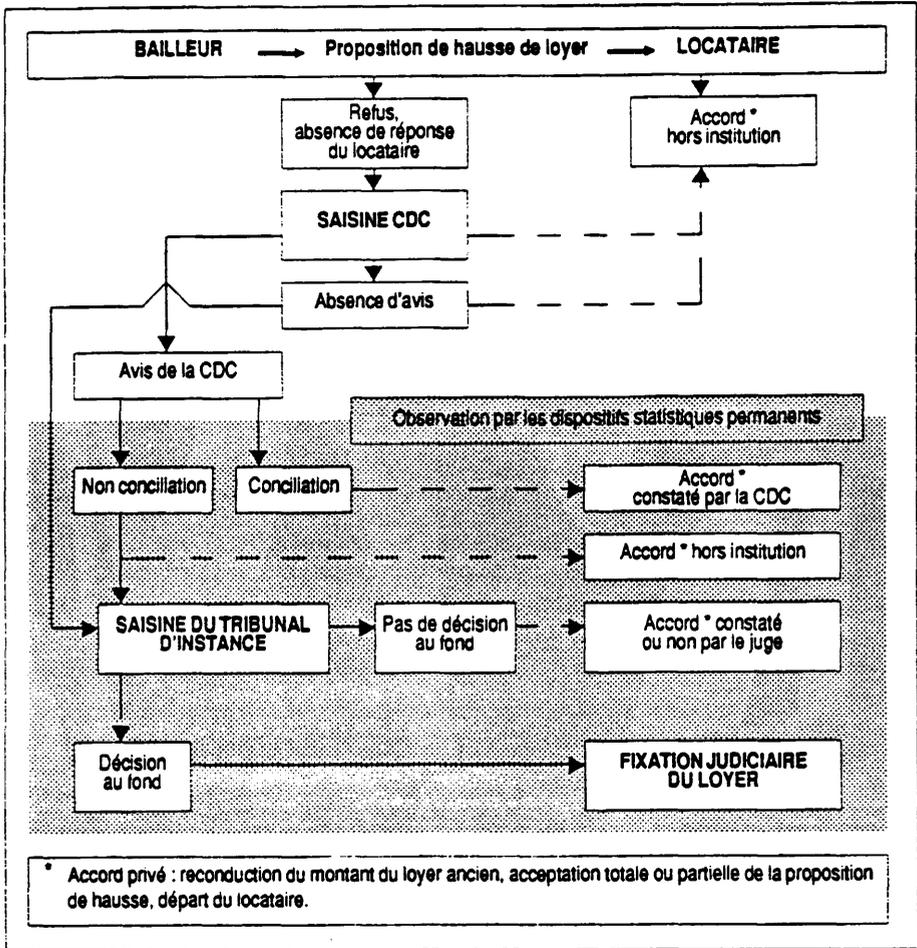
Mesures d'instruction	Contentieux locatif total	Contentieux locatif hors fixation du loyer	Fixation du loyer
Total affaires terminées	4,3	3,9	8,3
Avec mesure d'instruction	13,0	11,6	15,5
Sans mesure d'instruction	4,0	3,7	7,1

Source : répertoire général civil

(4) À titre de comparaison, signalons que 22,2 % des affaires introduites en 1988 n'étaient pas terminées au 31 décembre 1989.

(5) Voir: Les contentieux locatifs devant les tribunaux d'instance, INFOSTAT n° 7, octobre 1989.

**Figure 1 -  
De la proposition de hausse à la fixation judiciaire du loyer :  
les phases de la procédure**



• **Des taux d'appel élevés**

41 % des décisions au fond prononcées en 1988 ont été contestées en appel, mais la fréquence des recours formés contre les décisions rendues en 1989 diminue fortement, le taux d'appel s'établissant à 22,2 %. Ces taux sont particulièrement élevés si on les compare à celui des autres contentieux des baux traités par cette juridiction (9,5 %), ce qui atteste l'importance des enjeux dans ce type de litige.

Si les tribunaux d'instance ont été les premiers à enregistrer un accroissement de leur activité par l'arrivée de ce nouveau contentieux, les cours d'appel ont elles aussi eu à connaître de ces litiges : 352 appels en 1988, 860 en 1989 et 1211 en 1990. En raison de la forte concentration du contentieux en première instance ce sont

les cours de Paris et de Versailles qui ont été saisies du plus grand nombre de recours : respectivement 63,3 % et 22,5 % du total des appels (6). De 1988 à 1990, les recours formés devant les cours d'appel contre les décisions prononcées par les tribunaux d'instance en matière de contentieux locatifs ont ainsi progressé de 12,8 % au niveau national, de 20 % à Paris et de 24 % à Versailles. La baisse du contentieux enregistrée en première instance sera sans doute perceptible à compter de 1991.

#### Encadré 1 -

### LES SOURCES STATISTIQUES

#### I. Les statistiques d'activité des commissions départementales de conciliation (CDC)

Les états statistiques, produits par le ministère de l'Équipement, du Logement, des Transports et de la Mer, fournissent trimestriellement le nombre des affaires traitées en formation de conciliation par les CDC, selon l'issue de la procédure de règlement amiable (conciliation ou non accord). Ces statistiques permettent également de connaître la cause du contentieux (renouvellement du bail ou sortie de la loi de 1948).

À la différence des statistiques judiciaires, les états produits par les CDC ne donnent pas d'indication sur les affaires sorties sans avis (désistement, irrecevabilité, etc.).

#### II. Le répertoire général civil

Le RGC fournit le nombre des contentieux de la fixation judiciaire du loyer soumis aux juridictions (tribunal d'instance et cour d'appel). Ces affaires peuvent faire l'objet d'un suivi statistique jusqu'à leur sortie. Il est alors possible d'étudier, entre autre, le mode de règlement des litiges et la durée du procès selon que le juge a ou n'a pas ordonné une mesure d'instruction.

Le rapprochement des données produites sur les décisions prononcées par les tribunaux d'instance avec celles qui sont collectées sur les recours formés devant les cours d'appel permet de calculer la fréquence des appels.

#### III. Les enquêtes sur dossiers

Dans le cadre de la recherche, financée par le ministère de la Justice, sur les effets contentieux de la loi du 23 décembre 1986, modifiée par la loi du 6 juillet 1989, plusieurs enquêtes ont été réalisées. D'une part devant les CDC de Paris et du Rhône, d'autre part devant les tribunaux d'instance de ces départements. Les renseignements collectés à partir des dossiers viennent compléter utilement les données fournies par les dispositifs permanents (1).

(6) Selon la Mission d'information chargée de l'évaluation de la législation concernant le logement et l'urbanisme, presque toutes les affaires qui viennent en appel devant la cour de Versailles concernent des bailleurs institutionnels et des locataires regroupés en association. (Rapport Assemblée nationale, J.O. n° 1942, 28 mars 1991).

(1) C. Béroujon : *Règle juridique, norme économique. Analyse d'une interdépendance. Le contentieux de la fixation Judiciaire du loyer généré par la loi du 23 décembre 1986, modifiée par la loi du 6 juillet 1989* - Février 1991.

S. Bruxelles : *Le contentieux de la fixation judiciaire du loyer : l'articulation des procédures administrative et judiciaire à Paris* (rapport disponible en septembre 1991).

## Encadré 2 -

## LA DÉTERMINATION DU LOYER DES BAUX À RENOUVELER ET DES BAUX DE SORTIE DE LA LOI DE 1948

La loi du 23 décembre 1986, modifiée par la loi du 6 juillet 1989, a créé un nouvel objet contentieux entre bailleurs et locataires de locaux à usage d'habitation relevant du secteur privé : *la détermination du loyer* lors du renouvellement du bail (1), ou d'une sortie de la loi de 1948 (2)

La loi de 1989 n'a pas modifié les conditions de réévaluation du prix des baux lors de leur renouvellement. Elle a étendu le dispositif de 1986 à une autre catégorie de baux : les locations de locaux vacants non neufs et non assimilés aux locaux neufs (3).

Le dispositif juridique mis en place est essentiellement constitué de règles de procédure relatives à la forme des actes de notification ou de saisine des institutions étatiques de règlement des différends - Commission départementale de conciliation et tribunal d'instance - et aux délais dans lesquels ces actes doivent être accomplis (4).

L'unique règle juridique d'appréciation du bien fondé des demandes d'augmentation du loyer formées par les bailleurs se fonde sur un *critère économique*. Le nouveau loyer doit en effet être fixé "*par référence aux loyers habituellement constatés dans le voisinage pour des logements comparables*".

Cette règle fait largement appel à des notions très générales (habitude, proximité, comparabilité) qu'elle ne définit pas. Les réformes législatives et réglementaires qui ont suivi tant la loi de 1986 que celle de 1989 (5) ont eu pour objet de définir *les conditions formelles de validité des références* destinées à justifier les prétentions du bailleur (mentions que doivent comporter les références) ou à fixer une proportion entre locations anciennes et nouvelles de sorte que soient en fait définies les conditions de validité de la preuve de la demande.

En région parisienne, l'observatoire des loyers permet aux parties de disposer des références respectant ces conditions.

*On est ainsi passé d'une norme économique définie de manière abstraite - référence aux loyers comparables, sans autre précision - à l'exigence de justificatifs concrets destinés à prouver le contenu de cette norme.*

Ce système est susceptible de conduire à des *solutions judiciaires hétérogènes*. En effet, à la différence du dispositif de la loi de 1948, celui de 1989 n'offre pas au juge de critères objectifs liés aux caractéristiques physiques du logement. Les solutions dépendent alors à la fois de l'appréciation portée par le juge sur la validité des références et du caractère souverain de l'acte d'évaluation par lequel il arrête le nouveau prix du bail.

(1) Art. 21 de la loi du 23 décembre 1986, devenu art. 17 c de la loi du 6 juillet 1989.

(2) Art. 31 de la loi du 23 décembre 1986, devenu art. 28 de la loi du 6 juillet 1989.

(3) Art. 17 b de la loi du 6 juillet 1989.

(4) Voir : Le contentieux judiciaire généré par la loi du 23 décembre 1986, INFOSTAT n° 1, Mars 1989.

(5) Décret du 15 septembre 1988, loi du 13 janvier 1989, décret du 15 février 1989, Décrets n° 90-780 et 90-781 du 31 août 1990.

## INFOSTAT

Bulletin d'information de la Division de la Statistique et des Études  
Numéro 1 - Mars 1989

# LE CONTENTIEUX JUDICIAIRE GÉNÉRÉ PAR LA LOI DU 23 DÉCEMBRE 1986

(LOI MÉHAIGNERIE)

Par

Catherine MASSON \*  
Brigitte MUNOZ-PEREZ \*\*

*Les statistiques dressées par le ministère de la Justice permettent, depuis le 1er janvier 1988 (1), de comptabiliser les demandes tendant à la fixation judiciaire du montant du loyer formées devant les tribunaux d'instance.*

*La division de la Statistique et des Études a réalisé une exploitation portant sur les demandes introduites en 1988. Les données produites permettent d'apprécier l'importance des contentieux générés par la loi du 23 décembre 1986, dont les effets sont particulièrement sensibles sur l'activité de plusieurs tribunaux d'instance.*

En 1988, les tribunaux d'instance ont été saisis de 8931 demandes en fixation du montant du loyer. Celles-ci ont principalement été introduites en juin (1320 demandes) et en décembre (3452 demandes). L'afflux des demandes enregistrées en juin pourrait correspondre à la date d'échéance des baux immédiatement conclus sous le régime de la loi du 22 juin 1982.

### *Les demandes émanent des bailleurs*

Dans le cadre des baux régis sous l'empire de la loi du 23 juin 1982 (loi Quillot), le défaut d'accord sur le montant du loyer entre les parties place le bailleur dans la position de demandeur à l'instance.

En effet, si le bailleur ne saisit pas le juge avant l'expiration du contrat, le loyer est reconduit tacitement aux conditions antérieures de loyer, situation qui n'est donc favorable qu'au locataire. Or, les statistiques d'activité des commissions départementales de conciliation (CDC) indiquent qu'environ 95 % des litiges naissent à l'occasion du renouvellement des baux régis par la loi du 22 juin 1982. Ainsi, en 1987, 94,3 % des 2865 affaires traitées par les CDC sont relatives à ce

---

\* Magistrat au bureau du Droit immobilier.

\*\* Statisticienne à la division de la Statistique et des Études.

(1) C'est en effet le 1er janvier 1988 qu'est entrée en application la nouvelle nomenclature des affaires civiles. Celle-ci permet désormais de distinguer les actions en fixation du loyer des actions en fixation des charges et en paiement de loyers.

type de baux. Une proportion du même ordre (97,3 %) est enregistrée pour les 13357 affaires traitées en 1988 (2).

*Un contentieux très concentré géographiquement*

85,3 % des demandes ont été formées en Île-de-France et 26,8 % à Paris (tableau 1). En province, hormis quatre départements (le Rhône, le Haut-Rhin, les Alpes-Maritimes et les Bouches-du-Rhône) les demandes sont très peu nombreuses (444) et disséminées.

Au sein des départements, les tribunaux sont inégalement saisis. Les demandes sont souvent concentrées sur quelques juridictions (tableau 2).

*Un accroissement prévisible du volume des affaires en cours en matière de baux.*

Jusqu'à présent les tribunaux d'instance traitaient rapidement les contentieux relatifs aux baux d'habitation (moins de 5 mois en moyenne pour les procédures introduites au fond) (3).

L'arrivée relativement importante des demandes tendant à la fixation judiciaire du loyer dans plusieurs juridictions de l'Île-de-France et de province (tableau 2) risque d'avoir un effet déterminant sur le stock des affaires en cours en matière de baux.

En effet, ce stock est fonction à la fois du nombre des affaires introduites et de leur durée. Si le nombre des affaires de fixation du loyer peut paraître relativement modeste, leur poids sera renforcé de façon non négligeable par leur durée. Celle-ci sera en effet allongée par les mesures d'instruction plus fréquemment requises, et par un exercice de la défense plus actif que dans d'autres types de contentieux.

Cet effet, correspondant aux demandes introduites en 1988, va se manifester dans les mois qui viennent pour plusieurs juridictions, notamment en Île-de-France (4). Il sera ensuite probablement entretenu de façon continue au fur et à mesure de l'échéance de chaque contrat, et ce jusqu'à l'expiration des dispositions transitoires. Celle-ci est fixée au 31 décembre 1995 pour les communes faisant partie d'une agglomération de plus d'un million d'habitants (Paris, Lyon et Marseille) et au 31 décembre 1991 pour les autres (5).

De plus, on peut s'attendre à une augmentation du stock des affaires en cours à compter du second semestre 1989. Il est en effet prévisible que les juridictions seront saisies d'un nombre accru de demandes en juin 1989. Les baux en cours en juin 1983 (date limite de leur mise en conformité prévue par la loi de 1982) arriveront en effet à échéance en juin 1989.

\*\*\*

Les statistiques issues du répertoire général civil permettent de suivre les affaires de fixation de loyer jusqu'à leur évacuation et de calculer précisément leur durée. Les données sur l'évolution des demandes seront complétées par la présentation de statistiques sur les délais de procédure dans un prochain numéro d'INFOSTAT.

(2) Source : Direction de la Construction du Ministère de l'Équipement, du Logement, du Transport et de la Mer.

(3) Cette rapidité s'explique par la part importante des actions en résiliation-expulsion, dans lesquelles il est demandé au juge de tirer les conséquences d'une clause résolutoire du bail.

(4) Cet effet - accroissement du volume des affaires en cours en matière de baux - sera particulièrement sensible pour les tribunaux d'instance de Vanves, Aubervilliers, Saint-Ouen et Villejuif. Dans ces juridictions, les demandes en fixation du loyer représentent en effet la moitié ou plus de l'ensemble des demandes introduites en matière de baux en 1988.

(5) Article 23 de la loi du 23 décembre 1986 et décret 87-818 du 2 octobre 1987.

**Tableau 1 -  
Demandes en fixation de loyer par département. 1988**

France entière	8931	100,0
<b>Ile-de-France</b>	<b>7619</b>	<b>85,3</b>
dont :		
Paris	2391	26,8
Hauts-de-Seine	1682	18,8
Val-de-Marne	1319	14,8
Yvelines	1212	13,6
Essonne	538	6,0
Seine-Saint-Denis	335	3,8
Val-d'Oise	129	1,4
<b>Province</b>	<b>1312</b>	<b>14,7</b>
dont :		
Rhône	392	4,4
Haut-Rhin	201	2,3
Alpes-Maritimes	154	1,7
Bouches-du-Rhône(1)	121	1,4

(1) Le tribunal d'instance de Marseille n'ayant appliqué la nouvelle nomenclature qu'à partir du mois d'août, les demandes en fixation de loyer des sept premiers mois de 1988 n'ont pas été comptabilisées.

Source : répertoire général civil des tribunaux d'instance

### LA PROCÉDURE RELATIVE À LA DÉTERMINATION DU PRIX DES BAUX D'HABITATION PRÉVUE PAR LES ARTI- CLES 21, 30 ET 31 DE LA LOI DU 23 DÉCEMBRE 1986

La loi 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 a prévu un mécanisme d'encadrement judiciaire du prix des baux d'habitation dans deux séries de cas respectivement relatifs aux baux en cours à la date de sa publication et venant à expiration après cette date (article 21 de la loi du 23 décembre 1986) et aux baux qui peuvent être proposés aux occupants d'un local classé en catégorie 2B ou 2C de la loi du 1er septembre 1948 (article 31 de la loi du 23 décembre 1986).

Sous réserve de certaines règles spécifiques à chacune de ces catégories de baux en ce qui concerne notamment la durée du contrat et l'étalement de la hausse de loyers applicable pendant le contrat, la procédure de fixation du prix est, dans les deux cas, sensiblement la même.

Schématiquement, le prix est librement déterminé mais doit l'être "par référence aux loyers habituellement constatés dans le voisinage au cours des trois dernières années pour des logements comparables".

Le bailleur doit notifier au locataire une proposition de nouveau prix (article 21) ou de nouveau contrat (article 30 et 31) à laquelle est annexée la liste des références lui ayant permis de déterminer la proposition.

.../...

En cas de désaccord entre les parties, la commission départementale de conciliation doit (article 21) ou peut (article 31) être saisie. À défaut de conciliation, le juge est saisi et fixe le prix du bail, sur la base des éléments du dossier s'ils sont suffisants, ou après avoir ordonné une mesure d'instruction. .../...

Il est difficile d'évaluer dans chacune des deux hypothèses, le nombre de logements entrant dans le champ d'application des articles 21 et 31 de la loi du 23 décembre 1986.

Tout au plus, peut-on estimer que les locaux occupés et classés en catégorie 2B ou 2C de la loi du 1er septembre 1948 ne doivent pas représenter un nombre considérable de logements et que les propositions de nouveau contrat, lorsqu'elles pouvaient être faites, l'ont été peu de temps après l'entrée en vigueur de la loi.

En revanche, la catégorie des baux visés par l'article 21 de la loi du 23 décembre 1986 représente sans doute un nombre considérable de logements puisqu'il s'agit de tous les baux en cours au 24 décembre 1986, qu'ils aient été conclus par écrit ou verbalement, conformément ou non à la législation alors en vigueur.

**Tableau 2 -  
Baux d'habitation et professionnels. Affaires nouvelles introduites  
en 1988**

Tribunal d'instance	TOTAL	Fixation du loyer	
		effectifs	%
<i>75 Paris</i>	<i>11423</i>	<i>2391</i>	<i>20,9</i>
Paris 1er	283	54	19,1
Paris 2ème	298	35	11,7
Paris 3ème	ND	ND	ND
Paris 4ème	227	39	17,2
Paris 5ème	339	112	33,0
Paris 6ème	400	134	33,5
Paris 7ème	498	118	23,7
Paris 8ème	619	205	33,1
Paris 9ème	477	130	27,3
Paris 10ème	630	70	11,1
Paris 11ème	707	109	15,4
Paris 12ème	495	123	24,8
Paris 13ème	648	18	2,8
Paris 14ème	527	102	19,4
Paris 15ème	933	226	24,2
Paris 16ème	1103	336	30,5
Paris 17ème	665	171	25,7
Paris 18ème	1059	128	12,1
Paris 19ème	801	217	27,1
Paris 20ème	677	63	9,3
<i>91 Essonne</i>	<i>3079</i>	<i>335</i>	<i>10,9</i>
Longjumeau	1211	270	22,3
<i>92 Hauts-de-Seine</i>	<i>4303</i>	<i>1319</i>	<i>30,7</i>
Antony	546	204	37,4
Asnières	651	245	37,6
Neuilly-sur-Seine	435	143	32,9
Puteaux	733	286	39,0
Vanves	659	330	50,1
<i>93 Seine-Saint-Denis</i>	<i>5379</i>	<i>1682</i>	<i>31,3</i>
Aubervilliers	901	503	55,8
Aulnay-sous-Bois	1374	341	24,8
Pantin	696	277	39,8
Saint-Denis	473	174	36,8
Saint-Ouen	558	279	50,0
<i>94 Val-de-Marne</i>	<i>3295</i>	<i>1212</i>	<i>36,8</i>
Ivry-sur-Seine	658	260	39,5
Villejuif	1086	775	71,4
<i>06 Alpes-Maritimes</i>	<i>1710</i>	<i>154</i>	<i>9,0</i>
Nice	345	110	31,9
<i>68 Haut-Rhin</i>	<i>1198</i>	<i>201</i>	<i>16,8</i>
Mulhouse	740	183	24,7
<i>69 Rhône</i>	<i>2368</i>	<i>392</i>	<i>16,6</i>
Lyon	1477	309	20,9

Devant les tribunaux d'instance de Paris 7ème à Paris 20ème, le nombre des demandes en fixation du loyer peut être sous-estimé; en effet, la nouvelle nomenclature des affaires civiles, permettant de les identifier, n'est entrée en application qu'au second trimestre 1988.



# LES PROCÉDURES DE REDRESSEMENT JUDICIAIRE DEVANT LES TRIBUNAUX DE COMMERCE EN 1989

## I. DE LA SAISINE DU TRIBUNAL AU JUGEMENT DE REDRESSEMENT JUDICIAIRE

Par

Jean-Philippe HAEHL \*, Annie HAMON \*\*, Brigitte MUNOZ-PEREZ \*\*

*En 1989 plus de 60 % des demandes de redressement judiciaire sont formées par les créanciers et 34 % par les débiteurs qui font une déclaration de cessation des paiements. La saisine d'office du tribunal et la saisine à la requête du procureur de la République sont donc marginales. 41 % des demandes émanant des créanciers conduisent à la radiation. Cette forte proportion traduit l'importance des accords qui se produisent après l'introduction de l'instance et révèle sans doute aussi la persistance de la pratique de l'assignation-pression.*

*Plus de 60 % des demandes d'ouverture de la procédure émanent des créanciers*  
L'initiative de l'ouverture de la procédure de redressement judiciaire revient principalement aux créanciers qui forment 60,8 % des demandes, puis aux débiteurs qui font une déclaration de cessation des paiements dans 33,6 % des cas -tableau 1-. La saisine d'office du tribunal de commerce, comme la saisine à la requête du procureur de la République sont peu fréquentes. Elles représentent respectivement 3,1 % et 0,3 % des demandes formées.

---

\* Professeur à la faculté de droit, Université Jean Moulin, Lyon III.

\*\* Statisticiennes à la division de la Statistique, des Études et de la Documentation.

**Tableau 1 -  
Les demandes d'ouverture de redressement judiciaire selon le mode de  
saisine. Année 1989**

Mode de saisine	Nombre d'affaires nouvelles	Répartition en %
<b>Total</b>	<b>34 953</b>	<b>100,0</b>
Assignation	21 267	60,8
Déclaration de cessation des paiements	11 736	33,6
Requête du procureur de la République	109	0,3
Saisine d'office	1 073	3,1
Autres	768	2,2
Champ : échantillon de 80 tribunaux de commerce (encadré 2)		
Source : répertoire général civil des tribunaux de commerce		

Parmi les décisions rendues en 1989, tous modes de saisine confondus, 75,6 % sont des jugements de redressement judiciaire, 2,1 % des rejets et 22,3 % des mesures de radiation ou des désistements -tableau 2-.

Le tribunal prononce le redressement judiciaire dans la quasi-totalité des cas lorsqu'il est saisi par le débiteur, le procureur de la République ou se saisit d'office, mais dans 55,2 % seulement des cas lorsque l'initiative revient aux créanciers -tableau 2-.

**Tableau 2 -  
Le résultat des demandes de redressement judiciaire. Année 1989**

Mode de saisine	Nombre d'affaires	Résultat de la demande d'ouverture			
		Total	Jugements d'ouverture	Rejet	Radiation Désistement
<b>Total</b>	<b>27 730</b>	<b>100,0</b>	<b>75,6</b>	<b>2,1</b>	<b>22,3</b>
Assignation	14 595	100,0	55,2	3,3	41,5
Déclaration de cessation des paiements	11 785	100,0	99,4	0,3	2,3
Requête du procureur de la République	59	100,0	94,9	5,1	-
Saisine d'office	837	100,0	91,7	3,5	4,8
Autres	454	100,0	81,1	8,6	10,3
Champ : échantillon de 80 tribunaux de commerce (encadré 2)					
Source : répertoire général civil des tribunaux de commerce					

*41,5 % des assignations des créanciers conduisent à une radiation*

La procédure instaurée par la loi du 25 janvier 1985 interdit aux créanciers d'assigner le débiteur en même temps en paiement et en redressement judiciaire, à peine d'irrecevabilité de la demande de redressement judiciaire, qui doit être soulevée d'office (1). On a ainsi entendu mettre un terme à la pratique antérieure de l'"assignation-pression".

(1) Art. 7 al. 2, Décret n° 85 - 1388 du 27 décembre 1985.

La part importante des radiations -41,5 %- révèle cependant que cette pratique persiste probablement et que de nombreuses assignations en redressement judiciaire ont sans doute essentiellement pour objectif d'obtenir le paiement de la créance -tableau 2-.

Elle témoigne également de l'existence d'arrangements portant sur le règlement de la créance entre créanciers et débiteurs, sous l'égide d'un juge rapporteur. Nommé par le tribunal de commerce (2), celui-ci recueille des informations sur la situation du débiteur, le convoque ainsi que le créancier poursuivant et favorise un accord entre eux. Le débiteur peut alors s'engager à payer le créancier selon un échéancier. La bonne exécution de ce moratoire conduit notamment à la radiation de la demande.

À cet égard, la durée moyenne qui s'écoule entre la saisine et la radiation ou entre la saisine et le jugement d'ouverture de redressement judiciaire, plus élevée dans le cas des assignations que dans celui des autres modes de saisine, constitue un indicateur de ces règlements à l'amiable, ou de leurs tentatives, intervenus après l'introduction de l'instance -tableau 3-.

Cette durée moyenne peut s'expliquer également par la nécessité de procéder à une instruction du dossier en cas d'assignation d'un créancier puisqu'il est fort peu fait usage, semble-t-il, de la possibilité de faire effectuer une enquête par un juge commis (3).

**Tableau 3 -  
Durée moyenne écoulée entre la saisine et la radiation ou le  
jugement de redressement judiciaire (en jours). Année 1989**

Mode de saisine	Résultat de la demande	
	Radiation	Jugement d'ouverture
<b>Total</b>	177	56
dont : Assignation	178	125
Déclaration de cessation des paiements	88	10
Requête du procureur de la République	-	36
Saisine d'office	84	35

Champ : échantillon de 80 tribunaux de commerce (encadré 2)  
Source : répertoire général civil des tribunaux de commerce

Près de la moitié des justiciables du redressement judiciaire sont des SARL (46,3 %), 32,4 % des entreprises individuelles (artisans et commerçants), enfin 6,2 % des sociétés anonymes -tableau 4-.

(2) Art. 861 et suivants du Nouveau Code de Procédure Civile.

(3) Art. 13, Décret n° 85 - 1388 du 27 décembre 1985.

**Tableau 4 -  
Les justiciables du redressement judiciaire. Année 1989**

Catégorie juridique de l'entreprise	Nombre de jugements de redressement judiciaire	Répartition en %
<b>Total</b>	<b>20 962</b>	<b>100,0</b>
dont : artisans personnes physiques	2 322	11,1
commerçants personnes physiques	4 458	21,3
S A R L	9 707	46,3
S A	1 309	6,2
Champ : échantillon de 80 tribunaux de commerce (encadré 2)		
Source : répertoire général civil des tribunaux de commerce		

Les renseignements concernant l'importance économique des entreprises -nombre de salariés et chiffre d'affaires- sont de qualité trop médiocre pour être exploités (encadré 2). Cependant, il est permis de penser que la part des petites et moyennes entreprises est très importante, la procédure simplifiée ayant été appliquée dans 95 % des cas (encadré 1).

#### **Encadré 1 -**

##### **Procédure simplifiée et régime général**

Le redressement judiciaire comporte un régime général pour les entreprises ayant plus de 50 salariés ou plus de 20 MF de chiffre d'affaires et une procédure simplifiée pour celles qui se situent en-dessous de ces deux seuils.

Cependant, l'article 138 de la loi permet au tribunal, jusqu'au jugement arrêtant le plan, de faire application du régime général pour une petite entreprise s'il juge que cela favorisera son redressement. Souvent cette "passerelle", comme on la nomme en pratique, est utilisée lorsque la durée maximale de la période d'observation de la procédure simplifiée doit être dépassée. Mais elle peut l'être aussi dès l'ouverture si le tribunal l'estime utile.

##### *Le mode de saisine varie selon la catégorie juridique de l'entreprise*

C'est à la demande d'un créancier que les deux tiers des artisans sont soumis au redressement judiciaire, pour un tiers sur leur initiative -tableau 5-. Pour les commerçants individuels, la part de ces deux formes de saisine est sensiblement égale, les assignations par les créanciers représentant 46,7 % des cas et la déclaration de cessation des paiements 49,5 %.

En revanche, pour les SARL et surtout pour les SA, le redressement judiciaire intervient sur "dépôt de bilan" du dirigeant, respectivement dans 66,7 % et 80,2 % des cas -tableau 5-.

**Tableau 5. Justiciables du redressement judiciaire et mode de saisine.  
Année 1989**

Catégorie juridique de l'entreprise	Nombre de jugements de redressement judiciaire	Mode de saisine					
		Total	Assignation	Déclaration de cessation des paiements	Requête du procureur	Saisine d'office	Autres
<b>Total</b>	20 962	100,0	38,4	55,9	0,3	3,7	1,7
dont : artisans personnes physiques	2 322	100,0	62,5	33,6	0,2	2,6	1,1
commerçants personnes physiques	4 458	100,0	46,7	49,5	0,1	2,4	1,3
S A R L	9 707	100,0	27,4	66,7	0,4	4,0	1,5
S A	1 309	100,0	12,0	80,2	0,5	5,9	1,4
Champ : échantillon de 80 tribunaux de commerce (encadré 2) Source : répertoire général civil des tribunaux de commerce							

Tableau 5 -

**Encadré 2 -****La source statistique : le répertoire général des tribunaux de commerce**

Les données publiées par la DSED sont issues de l'exploitation du répertoire général civil des tribunaux de commerce, mis en place le 1er juillet 1988.

Ce nouveau dispositif permet d'obtenir de très nombreux renseignements, aussi bien sur le contentieux général relevant de ces tribunaux que sur la procédure spécifique de redressement et de liquidation judiciaires instaurée par la loi n° 85-98 du 25 janvier 1985, entrée en vigueur le 1er janvier 1986.

Les premiers résultats présentés ici portent sur l'année 1989 et concernent uniquement cette dernière procédure.

**Le suivi statistique de la procédure de redressement judiciaire**

Chaque demande de redressement judiciaire, dont la juridiction est saisie, donne lieu à l'ouverture d'une fiche par le greffe. À partir de ces imprimés, quatre fichiers statistiques sont constitués, correspondant aux différentes phases de la procédure :

- Demande de redressement judiciaire
- Jugement d'ouverture
- Solution
- Clôture

Les différentes phases procédurales, ainsi que leurs durées, peuvent être étudiées, grâce à leurs dates. Sont également connues les caractéristiques de la demande (auteur et mode de saisine), de l'entreprise justiciable du redressement judiciaire telle que la catégorie juridique de l'entreprise et l'issue de la procédure.

**Les contraintes de la production de statistiques fiables**

La tenue du répertoire général civil des tribunaux de commerce est soumise, comme celle des autres juridictions, à un ensemble de prescriptions techniques quant aux conditions et à la manière d'ouvrir, de clore, sur un support standard, l'enregistrement des caractéristiques de la procédure au fur et à mesure de son déroulement.

Dans cette période initiale, la mise en œuvre de ces prescriptions techniques n'a pas manqué de soulever des difficultés d'application, notamment pour les juridictions informatisées. En 1989, 60 % des greffes sont informatisés, selon six systèmes de gestion différents. Pour produire une statistique fiable, la DSED doit s'assurer que les données transmises sur support magnétique sont conformes aux prescriptions techniques, et chaque système doit être validé.

Or, en 1989, le nouveau dispositif n'a pas atteint le "régime de croisière", aussi bien pour les juridictions à gestion manuelle que pour celles qui disposent d'un système automatisé de gestion.

**Les résultats présentés portent sur un échantillon de 80 tribunaux de commerce**

En raison des difficultés de collecte rencontrées en 1989, n'ont été retenus que 80 tribunaux (sur un total de 229) ayant transmis des données exploitables pour l'ensemble de l'année civile. La population retenue comporte à la fois des juridictions à gestion manuelle et informatisée. Ces dernières disposent des systèmes automatisés de gestion AGORA et INFOGREFFE.

En 1990, des progrès ont cependant été enregistrés, puisque d'autres systèmes ont pu être validés. Il n'en demeure pas moins que des améliorations sont encore attendues, pour permettre à la Division de la Statistique Études et de la Documentation de produire une statistique exhaustive et fiable sur l'activité de l'ensemble des tribunaux de commerce, comme c'est le cas pour les autres juridictions depuis le début des années 1980. .../...

En rapprochant le nombre de redressements judiciaires fournis par l'INSEE en 1989, 40 042, de celui des jugements d'ouverture de la procédure prononcés par les 80 tribunaux retenus, 20 962, on peut estimer que 52 % des procédures sont décrites.

Un tiers des tribunaux de commerce a rendu plus de la moitié des jugements, ce qui traduit la surreprésentation des juridictions les plus importantes dans l'échantillon. En effet, 13 tribunaux sur les 80 retenus ont rendu à eux seuls plus de la moitié des décisions (4).

Mais, à ces insuffisances quantitatives s'ajoutent parfois des insuffisances qualitatives.

#### **Des variables mal renseignées**

Outre les renseignements relatifs à la procédure -nature de l'affaire, mode, auteur et date de la saisine, nature et date de la décision-, la fiche comporte des variables permettant de caractériser l'entreprise : nombre de salariés, chiffre d'affaires, activité principale de l'entreprise et catégorie juridique de l'entreprise.

Si les variables descriptives de la procédure sont correctement renseignées, celles qui permettent de décrire l'entreprise sont mal servies. Le taux de non déclaré est de 10 % pour la catégorie juridique de l'entreprise. Pour les autres variables, il est de l'ordre de 60 %, ce qui interdit toute exploitation statistique.

Ici encore, des améliorations sont attendues pour répondre aux demandes des praticiens comme à celles des chercheurs.

---

(4) Ces tribunaux sont les suivants : Aix-en-Provence, Bobigny, Bordeaux, Corbeil, Marseille, Montpellier, Nanterre, Nice, Paris, Perpignan, Pontoise, Toulon, Versailles.



# LES PROCÉDURES DE REDRESSEMENT JUDICIAIRE DEVANT LES TRIBUNAUX DE COMMERCE EN 1989

## II. LES PLANS DE REDRESSEMENT ET LES LIQUIDATIONS JUDICIAIRES

Par

Jean-Philippe HAEHL \*, Annie HAMON \*\*, Brigitte MUNOZ-PEREZ \*\*

*En 1989, dans l'immense majorité des cas, la procédure de redressement judiciaire n'a pas permis de sauvegarder les entreprises défailtantes, 93,5 % d'entre elles ayant fait l'objet d'une liquidation judiciaire. De plus, 50 % des liquidations judiciaires sont prononcées le jour même du redressement judiciaire au simple constat, rapide, qu'il n'existe aucune raison de rechercher une solution de redressement.*

*Ce sont les entreprises les plus importantes qui bénéficient le plus fréquemment d'un plan et très majoritairement d'un plan de cession.*

### I. Les solutions du redressement judiciaire

#### *93,5 % des entreprises font l'objet d'une liquidation judiciaire*

En moyenne, dans 93,5 % des cas, la procédure s'achève par une liquidation judiciaire. Le phénomène revêt un caractère très général puisque les entreprises individuelles (artisans et commerçants), comme les SARL, de loin les justiciables de cette procédure les plus nombreux, sont soumises à une liquidation judiciaire dans plus de neuf cas sur dix. Seules 20 % des sociétés anonymes en redressement judiciaire bénéficient d'un plan -tableau 1-.

---

\* Professeur à la faculté de droit, Université Jean Moulin, Lyon III.

\*\* Statisticiennes à la division de la Statistique, des Études et de la Documentation.

**Tableau 1 -  
Les solutions du redressement judiciaire selon la catégorie juridique  
de l'entreprise. Année 1989**

Catégorie juridique de l'entreprise.	Solutions du redressement judiciaire			
	Nombre total des liquidations judiciaires et des plans	Répartition en %		
		Total	Liquidations judiciaires	Plans
<b>Total</b>	17 617	100,0	93,5	6,5
dont : artisans personnes physiques	2 135	100,0	93,3	6,7
commerçants personnes physiques	4 020	100,0	92,5	7,5
S A R L	8 500	100,0	95,3	4,7
S A	1 048	100,0	79,7	20,3

Champ : échantillon de 80 tribunaux de commerce (voir INFOSTAT n° 18, encadré 2)  
Source : répertoire général civil des tribunaux de commerce

*95,7 % des entreprises relèvent de la procédure simplifiée*

En l'absence de renseignements exploitables sur le nombre de salariés et le chiffre d'affaires des entreprises (1), la procédure appliquée par le tribunal fournit quelques indications sur leur importance économique et sociale.

95,7 % des entreprises ayant fait l'objet d'une liquidation judiciaire ou d'un plan en 1989 ont moins de 50 salariés ou un chiffre d'affaires inférieur ou égal à 20 M.F. -tableau 2-. La proportion d'entreprises relevant de la procédure simplifiée est de 97,2 % lorsque le tribunal a prononcé la liquidation judiciaire, mais seulement de 73,6 % quand un plan a été arrêté -tableau 2-.

**Tableau 2 -  
Procédure appliquée selon la solution du redressement judiciaire.  
Année 1989**

Procédure appliquée	Solutions du redressement judiciaire					
	Total		Liquidations judiciaires		Plans	
	Nombre	%	Nombre	%	Nombre	%
<b>Total</b>	17 617	100,0	16 474	100,0	1 143	100,0
Procédure simplifiée	16 854	95,7	16 013	97,2	841	73,6
Régime général	763	4,3	461	2,8	302	26,4

Champ : échantillon de 80 tribunaux de commerce  
(voir INFOSTAT n° 18, encadré 2)  
Source : répertoire général civil des tribunaux de commerce

*Les sociétés anonymes sont soumises au régime général dans près de 20 % des cas*

Moins de 3 % des artisans et des commerçants individuels sont soumis au régime général. Cette proportion est à peine supérieure pour les SARL (3,8 %), dont

(1) Voir INFOSTAT n° 18, encadré 2.

bon nombre sont probablement assimilables à des entreprises individuelles ayant un caractère familial. Seules les sociétés anonymes sont de dimension économique plus importante, puisqu'elles relèvent dans près de 20 % des cas du régime général -tableau 3-.

**Tableau 3 -  
La procédure appliquée selon la catégorie juridique de l'entreprise.  
Année 1989**

Catégorie juridique de l'entreprise	Nombre total des liquidations judiciaires et des plans	Procédure appliquée		
		Total	Procédure simplifiée	Régime général
<b>Total</b>	17 617	100,0	95,7	4,3
dont : artisans personnes physiques	2 135	100,0	97,3	2,7
commerçants personnes physiques	4 020	100,0	97,6	2,3
SARL	8 500	100,0	96,2	3,8
SA	1 048	100,0	80,3	19,7

Champ : échantillon de 80 tribunaux de commerce (voir INFOSTAT n° 18, encadré 2)  
Source : répertoire général civil des tribunaux de commerce

*Plus l'entreprise est importante plus elle a de chances de bénéficier d'un plan*

Les entreprises soumises au régime général sont plus fréquemment sauvegardées, puisque 9,6 % d'entre elles ont bénéficié d'un plan en 1989, contre seulement 5 % lorsqu'elles relèvent de la procédure simplifiée -tableau 4-. Pour les sociétés relevant du régime général, la proportion de plans est la plus élevée : 59,7 % pour les SA et 39,8 % pour les SARL.

*60 % des plans sont des plans de continuation*

En moyenne, les 80 tribunaux ont privilégié les plans de continuation, qui représentent 60,1 % de l'ensemble des plans arrêtés. Dans la quasi-totalité des cas, le tribunal choisit le plan de continuation sans cession partielle ou le plan de cession totale sans location-gérance (respectivement 56,7 % et 36,9 % des plans arrêtés). Les tribunaux semblent donc faire un usage très limité des autres types de plans (continuation avec cession partielle et location-gérance : 1,7 %, continuation avec cession partielle sans location-gérance : 1,7 % enfin, cession totale avec location-gérance : 3 %).

La faiblesse du nombre de plans, ainsi que la taille réduite de l'échantillon des tribunaux retenus, empêchent de procéder à l'analyse d'éventuelles pratiques locales.

Parmi les bénéficiaires des plans, les commerçants individuels et plus encore les artisans, sont dans huit à neuf cas sur dix soumis à un plan de continuation -tableau 5-. Pour ces entreprises, qui sont les plus petites en nombre de salariés et en chiffre d'affaires, cette solution conserve ses fonctions au chef d'entreprise. Elle préserve aussi l'intérêt des créanciers, qui, dans ce cas, subissent un échecancier pour le règlement de ce qui leur est dû, sans subir de remises, sauf s'ils les ont acceptées, puisque le tribunal ne peut les leur imposer.

En revanche, les SARL, dans plus de cinq plans sur dix et surtout les SA dans sept plans sur dix obtiennent un plan de cession -tableau 5-.

**Tableau 4. Les solutions du redressement judiciaire selon la procédure appliquée et la catégorie juridique de l'entreprise. Année 1989**

Catégorie juridique de l'entreprise	Procédure simplifiée					Régime général				
	Total	Liquidations judiciaires		Plans		Total	Liquidations judiciaires		Plans	
		Nombre	%	Nombre	%		Nombre	%	Nombre	%
<b>Total</b>	<b>16 854</b>	<b>16 013</b>	<b>95,0</b>	<b>841</b>	<b>5,0</b>	<b>763</b>	<b>461</b>	<b>60,4</b>	<b>302</b>	<b>39,6</b>
dont : artisans personnes physiques	2 078	1 942	93,5	136	6,5	57	50	87,7	7	12,3
commerçants personnes physiques	3 923	3 657	93,2	266	6,8	97	62	63,9	35	36,1
S A R L	8 178	7 909	96,7	269	3,3	322	194	60,2	128	39,8
S A	842	752	89,3	90	10,7	206	83	40,3	123	59,7

Champ : échantillon de 80 tribunaux de commerce (voir INFORMAT n° 18, encadré 2)  
 Source : répertoire général civil des tribunaux de commerce  
 Lecture du tableau : 16 854 entreprises relèvent de la procédure simplifiée ; parmi celles-ci 95,0 % ont fait l'objet d'une liquidation judiciaire et 5 % ont bénéficié d'un plan. Ces proportions sont respectivement de 60,4 % et 39,6 % pour les 763 entreprises relevant du régime général.

**Tableau 5 -  
Les plans arrêtés selon la catégorie juridique de l'entreprise. Année 1989**

Catégorie juridique de l'entreprise	Nombre de plans	Répartition par types de plans (%)		
		Total	Continuation	Cession
<b>Total</b>	1 143	100,0	60,1	39,9
dont : artisans personnes physiques	143	100,0	91,6	8,4
commerçants personnes physiques	301	100,0	76,7	23,3
S A R L	397	100,0	47,6	52,4
S A	213	100,0	29,6	70,4

Champ : échantillon de 80 tribunaux de commerce (voir INFOSTAT n° 18, encadré 2)  
Source : répertoire général civil des tribunaux de commerce

## II. La durée moyenne de la période d'observation

Pour les procédures s'achevant par un plan, la durée moyenne de la période d'observation (voir encadré) varie peu selon le régime et donc selon la taille de l'entreprise -tableau 6-. Elle passe en effet de 6,6 mois lorsque l'entreprise relève du régime général à 7,1 mois lorsque celle-ci est soumise à la procédure simplifiée.

**Tableau 6 -  
Durée moyenne de la période d'observation selon le type de procédure appliquée et la solution du redressement judiciaire (en mois). Année 1989**

Solution du redressement judiciaire	Procédure appliquée					
	Total	Durée moyenne	Procédure simplifiée	Durée moyenne	Régime général	Durée moyenne
<b>Total</b>	17 617	1,4	16 854	1,2	763	5,0
Liquidations judiciaires	16 474	1,1	16 013	0,9	461	4,0
Plans	1 143	7,0	841	7,1	302	6,6

Champ : échantillon de 80 tribunaux de commerce (voir INFOSTAT n° 18, encadré 2)  
Source : répertoire général civil des tribunaux de commerce

En revanche, lorsque la liquidation judiciaire est prononcée, les entreprises soumises au régime général bénéficient d'une période d'observation quatre fois supérieure à celle des entreprises relevant de la procédure simplifiée (respectivement 4 mois et 0,9 mois).

*La durée moyenne de la période d'observation est de 32 jours en cas de liquidation judiciaire*

En 1989, les 80 tribunaux ont prononcé la liquidation judiciaire à l'issue d'une période d'observation de 32 jours en moyenne. Cependant, cette durée varie beaucoup d'un tribunal à l'autre (de moins d'une semaine à plus de 3 mois). Cette différence s'explique par la proportion plus ou moins forte des liquidations judiciaires prononcées le jour même du redressement judiciaire.

*50 % des liquidations judiciaires sont prononcées immédiatement*

Pour la moitié des entreprises, les tribunaux ont converti le redressement en liquidation judiciaire le même jour. Pour l'autre moitié, les tribunaux ont renvoyé systématiquement cette décision à une audience ultérieure, dans les jours ou les semaines qui suivent.

Parmi les tribunaux qui pratiquent peu la liquidation immédiate, il n'est malheureusement pas possible de distinguer ceux qui prennent toujours le temps de procéder à une enquête, même de courte durée, avant de décider de la liquidation judiciaire, de ceux qui renvoient à une audience ultérieure, uniquement par souci de respecter les conditions procédurales exigées pour cette conversion (notamment en cas d'absence du débiteur ou des salariés lors du jugement d'ouverture).

Il n'en demeure pas moins que, selon la périodicité des audiences, qui peut être de 8, 15, 22 ou 30 jours, bon nombre de liquidations judiciaires, prononcées dans les deux à trois semaines qui suivent l'ouverture du redressement, pourraient sans doute être assimilées à des liquidations immédiates. Ainsi, en tenant compte des liquidations prononcées le jour même du redressement judiciaire et dans les 15 jours qui suivent, on peut estimer que 62 % des redressements sont convertis en liquidations judiciaires au simple constat qu'il s'agit là de la seule issue envisageable. Cette proportion atteint 71 % au bout de 30 jours.

*La durée de la période d'observation est de 7 mois en moyenne pour les plans*

La durée qui s'écoule entre l'ouverture et le jugement arrêtant le plan est en moyenne de sept mois -tableau 7-. Selon le type de plans, cette durée varie puisque les plans de cession sont en moyenne arrêtés par le tribunal en moins de cinq mois, les plans de continuation comprenant une cession partielle en un peu plus de six mois, alors qu'il en faut presque neuf pour les plans prévoyant une continuation pure et simple.

**Tableau 7 -**  
**Durée moyenne de la période d'observation selon le type de plan**  
**(en mois). Année 1989**

Type de plans	Nombre de plans	Durée moyenne de la période d'observation
Total	1 143	7,0
Plans de continuation	648	8,7
Plans de continuation avec cession partielle	39	6,3
Plans de cession	456	4,8

Champ : échantillon de 80 tribunaux de commerce (voir INFOSTAT n° 18, encadré 2)  
Source : répertoire général civil des tribunaux de commerce

Le phénomène de "reprise" de l'entreprise défaillante accélère ainsi très sensiblement la procédure, alors que la préparation du plan de continuation, qui comprend la prise en charge du passif, s'avère nettement plus longue.

**Encadré****La durée de la période d'observation**

La période d'observation du régime général est de trois fois six mois, soit au total 18 mois. Le renouvellement pour les six derniers mois ne peut cependant être demandé que par le procureur de la République.

La procédure simplifiée, quant à elle, comporte une enquête d'une durée d'un mois, renouvelable une fois, suivie d'une période de 4 mois, qui peut être prorogée de deux mois, soit au total 8 mois (1).

Le tribunal a toute latitude pour fixer la durée de chaque période et par exemple, dans le régime général, il peut décider lors de l'ouverture que la première d'entre elles sera seulement de trois ou quatre mois, ce qui le conduit ensuite à examiner l'utilité d'un renouvellement.

---

(1) Pour la "passerelle" de l'art. 138 de la loi, voir INFOSTAT n° 18, encadré 1.



# EXTRAIT

## RAPPORT SÉNAT

Président M. Hubert HAENEL

SECONDE SESSION ORDINAIRE DE 1990-1991

N° 357 \*

*de la commission de contrôle chargée d'examiner les modalités d'organisation et les conditions de fonctionnement des services relevant de l'autorité judiciaire, créée en vertu d'une résolution adoptée par le Sénat le 13 décembre 1990*

Mesdames, Messieurs,

Étonnante démocratie que celle qui omet durant des années de régler le financement de la vie politique et tente subitement, prise à son propre piège, de tourner la page au moyen d'une auto-amnistie.

Étrange journée que celle qui offre le spectacle de l'affrontement, sous la médiation policière, entre les commémorateurs du Bicentenaire de la Cour de la cassation et le monde judiciaire en colère.

Accablant verdict que celui de la Cour européenne des Droits de l'Homme qui condamne la France, le 24 octobre 1989, pour dépassement du «*délai raisonnable d'instance*» (1).

Le mauvais fonctionnement de la Justice, la montée de la violence et de l'insécurité sont devenus, pour les Français, des sujets de révolte. En y regardant de plus près, les dysfonctionnements qui se manifestent dans les pratiques judiciaires sont sans doute l'un des indices majeurs d'une rupture de notre équilibre institutionnel et de la crise de société que nous traversons.

Les magistrats, les fonctionnaires des greffes et l'ensemble des professions judiciaires expriment aujourd'hui avec force leur malaise et leurs attentes. Le Premier Ministre, en février 1990, a bien tenté d'apaiser leurs alarmes en proclamant solennellement que «*1991 serait l'année de la Justice*». Mais ces incantations n'ont pu désamorcer les manifestations publiques de mécontentement, grèves ou rassemblements sur la voie publique, dont l'année 1990 a été jalonnée : les 21 juin, 23

---

(\*) Tome I : p. 11 à 16 - p. 33 à 43 - p. 143 - Tome II : p. 69 - 91 - 107.

(1) Il est vrai que dans cette affaire, l'instance avait duré sept ans, quatre ans devant le tribunal administratif et trois ans, en appel, devant le Conseil d'État.

octobre, 15 et 30 novembre. Faits d'une exceptionnelle gravité au sein d'une telle institution, ces mouvements traduisent l'acuité aujourd'hui devenue insupportable de la crise que connaît la Justice.

Indéniable, elle participe de la crise de l'État tout entier, des institutions et de l'administration .

De leur côté, les justiciables n'ont pas attendu 1990 pour exprimer leurs critiques à l'encontre de la Justice. Les Français sont en effet de plus en plus nombreux à estimer qu'elle fonctionne mal, voire très mal, et qu'il vaut mieux éviter les juges *«même quand on est innocent»* (1). Dans l'opinion publique, les idées sont à ce point confuses que l'on ne distingue pas entre le Parquet et le Siège, les juridictions de l'ordre administratif et celles de l'ordre judiciaire. Dès lors, dans un contexte distant et abscons, les images se brouillent et le ministre de l'Intérieur peut, à l'abri de la critique et de l'indignation, pénétrer dans un cimetière profané sans l'autorisation d'un Parquet qui commence à peine son enquête. Tel Garde des Sceaux n'hésite pas quant à lui à se plaindre de ce que l'information lui parvienne plus facilement par son collègue ministre de l'Intérieur que par la voie hiérarchique de l'institution judiciaire. Autrement dit, vient un moment où il paraît normal que la police judiciaire échappe au contrôle du Parquet, que les genres se mélangent.

Les thèmes les plus courants qui alimentent la critique ont à peine besoin d'être rappelés : complexité d'une institution mal connue dont les procédures restent obscures, accès difficile, retards incompréhensibles, seize mois en moyenne devant les cours d'appel, plus de vingt-six mois devant les tribunaux administratifs, coût insupportable pour certains justiciables, en dépit de l'institution en 1972 de l'aide judiciaire. S'ajoute un soupçon d'inféodation au pouvoir politique, ainsi qu'en témoignent les «affaires» dont fait régulièrement état la presse, soupçon incompatible avec le respect de la démocratie et les exigences de la morale. Mais la crise de la Justice est aussi celle des professions de justice elles-mêmes et de leurs conditions de travail : postes vacants, manque d'effectifs, difficultés de recrutement, archaïsme des méthodes de travail, absence de bureaux, vétusté des immeubles.

Phénomène ancien, la crise s'est aggravée dans la périoderécente.

En 1958, doté des pleins pouvoirs que lui confère le Parlement, le Gouvernement a entrepris une profonde réorganisation du système judiciaire. Sous la direction du Garde des Sceaux, M. Michel Debré, le statut des magistrats a été amélioré ainsi qu'ont été transformées les conditions de leur recrutement et de leur formation. Sur le plan constitutionnel, la Cinquième République a proclamé l'existence d'une *«autorité judiciaire»* et réaffirmé son indépendance dont elle a confié la garantie au Président de la République.

Depuis lors, le débat politique fait l'impasse sur la Justice au profit de thèmes probablement plus mobilisateurs.

En l'absence de toute politique cohérente, la situation matérielle n'a cessé de se détériorer au fur et à mesure de la montée des contentieux mais aussi des transferts de compétences au profit de l'État qui, dans un mouvement contraire à celui de la décentralisation, ont entraîné successivement la nationalisation des greffes des tribunaux de grande instance et d'instance en 1967, la nationalisation des greffes des conseils de prud'hommes en 1979 et la reprise du patrimoine immobilier en 1987. Cette détérioration n'est pourtant pas passé inaperçue. Des rapports successifs ont alerté avec force l'Exécutif et le Parlement, formant comme la chronique d'un sinistre annoncé :

- le rapport Foyer en 1980 ou comment donner aux juridictions les moyens de faire face à leurs charges ;

(1) 1988, étude du centre de recherche de la Chancellerie.

- le rapport Daussey en 1982 ou comment améliorer le fonctionnement et la gestion des cours et tribunaux ;
- le rapport Tailhades en 1985 ou la modernisation de la Justice ;
- le rapport Terré en 1987 ou l'amélioration de la formation, la carrière et l'activité professionnelle des magistrats et des avocats ;
- le rapport de l'inspection générale des services judiciaires en 1988 ou la Justice en état d'urgence ;
- le rapport Le Vert en 1990 ou le malaise des fonctionnaires des services judiciaires.

Autant de contributions tout à la fois alarmantes et constructives qui n'ont pourtant eu aucun effet. Faut-il croire que la Justice s'était déjà tellement banalisée, qu'elle avait été à ce point confisquée par l'Exécutif et laminée par l'administration ?

Interrogation lourde qui met en cause le bon fonctionnement des pouvoirs publics et l'attitude du Gouvernement comme celle du Parlement. Interrogation qui traduit un déficit réel de réflexion et de débat sur le rôle et la place de la Justice dans les institutions françaises.

C'est l'aggravation récente de la situation de la Justice qui a suscité le dépôt puis l'adoption par le Sénat, le 19 décembre 1990, d'une résolution tendant à la création d'une commission de contrôle chargée d'examiner les modalités d'organisation et les conditions de fonctionnement des services relevant de l'autorité judiciaire.

Afin de prendre la pleine mesure de la situation, cette commission, composée de vingt-et-un membres, a procédé à de minutieuses investigations.

De nombreuses auditions ont permis de recueillir les témoignages de différents Gardes des Sceaux, de magistrats et fonctionnaires de tous grades, de responsables de l'administration centrale, de représentants des syndicats et des barreaux.

Des sondages réalisés auprès du public et des magistrats, une enquête écrite effectuée auprès des chefs de juridictions (près de 80 % des chefs de cour et près de 60 % des chefs de juridictions ont fait part de leurs observations à la commission), des déplacements et des contrôles sur place dans les services de la Chancellerie, dans plusieurs ressorts de cours d'appel ainsi qu'à la Cour de cassation ont nourri sa réflexion (1).

La commission aurait également souhaité prendre appui sur des audits fonctionnels de plusieurs juridictions. Malheureusement, elle s'est heurtée à l'obstacle des moyens à mettre en œuvre. Il convient là d'exprimer un regret.

Elle a également effectué un déplacement au Conseil d'État et à la cour administrative d'appel de Paris et si elle n'a pas jugé possible de traiter dans le corps même du rapport les dysfonctionnements de la justice administrative, il lui a néanmoins semblé opportun de présenter en annexe quelques réflexions et orientations pour l'étude de ces dysfonctionnements auxquels la mise en œuvre de la récente réforme du 31 décembre 1987 ne lui a pas paru en passe d'apporter des réponses suffisantes.

L'attention de la commission a aussi été attirée sur la situation des tribunaux de commerce et des juridictions prud'homales. Là encore un examen particulier serait indispensable.

La commission a par ailleurs entendu plusieurs chefs des juridictions des départements d'outre-mer. Elle a retenu, pour l'essentiel, de leurs propos que de très sensibles améliorations avaient été apportées au fonctionnement matériel des cours et tribunaux et que les difficultés rencontrées résultaient à titre principal de l'absence

---

(1) La liste des personnes auditionnées, le programme des déplacements, les réponses aux sondages et une analyse des résultats de l'enquête effectuée auprès des chefs de juridiction sont regroupés en annexe du présent rapport.

quasi générale de mobilité des magistrats du siège, d'une part, de l'insertion dans des contextes locaux spécifiques, d'autre part. Sur ces deux points, la commission a estimé qu'une réflexion particulière mériterait d'être conduite qui pourrait, le cas échéant, faire l'objet d'une prochaine mission d'information.

Ces investigations dont elle tire les enseignements dans les deux premières parties du présent rapport, lui ont permis de mieux comprendre les manifestations et les causes de la crise de la Justice, mais surtout elles l'ont très rapidement amenée à penser que l'essentiel résidait dans la question de la définition préalable du rôle qu'il convenait de reconnaître aujourd'hui à la Justice car c'est uniquement à partir de la réponse apportée à cette question fondamentale que l'on pourra efficacement redéfinir les missions, les besoins et les moyens qu'il convient d'attribuer à cette institution.

C'est autour de cette clarification que la commission de contrôle a construit, dans une dernière partie, les réflexions et propositions qu'elle vous présente afin de tirer les principales conséquences matérielles, organisationnelles et procédurales de ses réflexions.

Parce que la Justice est tout à la fois une fonction régaliennne inscrite au cœur même du rôle de l'État, une instance régulatrice du fonctionnement de la société qui dit le droit applicable, enfin parce qu'elle assure la garantie des libertés, il convient de circonscrire clairement l'essentiel de ses missions et d'en maîtriser le contenu afin qu'elle joue effectivement son rôle, celui que le justiciable est en droit d'attendre, et non pas qu'elle continue d'être, avec de moins en moins de bonheur, le réceptacle de tous les dysfonctionnements de la société.

Tel est bien le constat dressé à l'intention de la commission par deux chefs de juridiction lorsqu'ils se sont exprimés en ces termes : *«Parce qu'elle est le carrefour mais aussi le champ clos vers lequel s'orientent, s'expriment, s'affrontent, se cristallisent, s'évacuent, et parfois se dénouent la plupart des tensions individuelles et collectives, toutes les convulsions d'une société largement post-industrielle qui constate l'inadaptation de ses valeurs traditionnelles sans encore parvenir à imaginer de façon claire et cohérente de nouvelles références, l'institution judiciaire est un véritable laboratoire social en même temps que, trop souvent, la scène pitoyable de nos déviances, détresses, marginalités et désarrois profonds».*

Certes, comme l'écrivait déjà Richelieu dans son *Testament Politique*, *«il est beaucoup plus aisé de reconnaître le défauts de la justice que d'en prescrire les remèdes»* ; la question ne saurait toutefois être plus longtemps évitée. La mission du juge doit impérativement retrouver sa clarté et sa spécificité dans la contribution qu'elle apporte à la paix civile. Tel est le principal objectif auquel la commission de contrôle s'est efforcée d'apporter sa contribution, le Parlement devant redevenir un lieu privilégié de la réflexion sur une question aussi essentielle que celle de la Justice que le peuple français, qu'il représente, entend voir rendue en son nom.

.../...

8. Pour ce qui concerne l'évolution de la Justice, les magistrats attendent beaucoup :

- à 76 %, ils adhèrent au bien-fondé des mouvements de grève de 1990, qui ont eu pour mérite d'attirer l'attention des Français ;
- ils restent pessimistes, puisque selon eux ce sont surtout les media qui ont pris conscience des problèmes de la Justice ;
- ils sont ouverts à l'évolution des méthodes de travail, si l'on en croit leur approbation, à 77 %, du développement des procédures nouvelles de conciliation et de médiation ;

- ils sont enfin extrêmement attachés à l'augmentation des moyens de fonctionnement de la Justice (84 %), même si d'autres mesures leur paraissent importantes.

## II - UNE CRISE TANGIBLE

### A - Trop de demande de justice

Dès 1967, le rapport de M. Bardon sur l'organisation et le fonctionnement des cours et tribunaux judiciaires, indiquait que *«l'augmentation régulière et massive des affaires est -en matière civile du moins- un phénomène nouveau, apparu à l'aube des années 1950. La première moitié du siècle avait au contraire connu une diminution constante de l'activité judiciaire (...). Mais les 20 dernières années se sont écoulées dans une période de croissance démographique et d'urbanisation. Or, ce n'est plus dans les campagnes que naissent les affaires...»*.

Cette situation n'a fait qu'empirer.

#### *1 - Devant les juridictions civiles : l'explosion de la demande de Justice*

La situation s'est particulièrement dégradée entre 1975 et 1990 ; le nombre d'affaires a, en effet, augmenté pendant cette période de 154 % en cassation, 133 % en appel, 100 % devant les tribunaux de grande instance.

La demande de justice est de plus en plus forte, du fait d'une évolution des mentalités vers la recherche d'un meilleur confort de vie, de même qu'en matière de santé. Elle a en outre été vivement encouragée par l'apparition de lois nouvelles qui ne pouvaient que susciter des contentieux nombreux : ainsi la loi du 11 juillet 1975 relative au divorce ou la loi du 3 janvier 1975 relative au licenciement.

L'exemple le plus récent et le plus éclatant de cette «création» de contentieux est celui de la loi du 31 décembre 1989 relative à la prévention et au règlement des difficultés liées au surendettement des particuliers et des familles. L'article 12 de cette loi donne en effet au juge des obligations et des pouvoirs très étendus qui s'apparentent à ceux d'un banquier autant qu'à ceux d'une assistante sociale (voir ci-contre).

Au cours du mois de février 1991 a été franchi le seuil des 100.000 dossiers déposés depuis l'ouverture de cette procédure. En 1990, les tribunaux d'instance ont été saisis de 11.500 demandes de redressement judiciaire, dans la grande majorité des cas à la suite d'un échec de la procédure amiable devant les commissions de surendettement, et la progression du nombre des dossiers soumis au juge reste continue. Dans certains tribunaux d'instance, la surcharge de travail qui en résulte représente 10 à 20 % des affaires enregistrées.

**Article 12 de la loi du 31 décembre 1989**

*«Pour assurer le redressement, le juge d'instance peut reporter ou rééchelonner le paiement des dettes autres que fiscales, parafiscales ou envers les organismes de sécurité sociale, sans que le délai de report ou d'échelonnement puisse excéder cinq ans ou la moitié de la durée restant à courir des emprunts en cours.*

*«Il peut décider que les paiements s'imputeront d'abord sur le capital ou que les échéances reportées ou rééchelonnées porteront intérêt à un taux réduit qui peut être inférieur au taux d'intérêt légal sur décision spéciale et motivée et si la situation du débiteur l'exige.*

*«Il peut subordonner ces mesures à l'accomplissement par le débiteur d'actes propres à faciliter ou à garantir le paiement de la dette. Il peut également les subordonner à l'abstention, par le débiteur, d'actes qui aggraveraient son insolvabilité.*

*«En cas de vente forcée du logement principal du débiteur, grevé d'une inscription bénéficiant à un établissement de crédit ayant fourni les sommes nécessaires à son acquisition, le juge d'instance peut, par décision spéciale et motivée, réduire le montant de la fraction des prêts immobiliers restant due aux établissements de crédit après la vente, dans des proportions telles que son paiement, assorti d'un échelonnement calculé comme il est dit ci-dessus, soit compatible avec les ressources et les charges du débiteur. La même disposition est applicable en cas de vente amiable dont le principe, destiné à éviter une saisie immobilière, et les modalités, ont été arrêtés d'un commun accord entre le débiteur et l'établissement de crédit. En toute hypothèse, le bénéfice du présent alinéa ne peut être invoqué plus d'un an après la vente, à moins que dans ce délai la commission prévue à l'article 7er de la présente loi n'ait été saisie.*

*«Pour l'application du présent article, le juge peut prendre en compte la connaissance que pouvait avoir chacun des prêteurs, lors de la conclusion des différents contrats, de la situation d'endettement du débiteur. Il peut également vérifier que le contrat de prêt a été consenti avec le sérieux qu'imposent les usages de la profession.».*

**2 - En matière pénale : un effet apparent de ralentissement qui masque une hausse préoccupante de la délinquance non traitée**

- Les données statistiques pénales sont difficiles à exploiter.

Il existe plusieurs sources de statistiques ; tout d'abord celles des cadres des parquets qui renseignent sur les phases situées en amont des condamnations, les états annuels qui renseignent sur les arrêts de la chambre des appels correctionnels et de la chambre d'accusation, sur l'ensemble des décisions des tribunaux de police en matière de contravention et sur l'enregistrement dans chaque parquet des plaintes, dénonciations et procès-verbaux pour crimes, délits et contraventions de 5e classe.

Par ailleurs, le casier judiciaire automatisé fournit le chiffre des condamnations, mais avec un délai de huit mois pour leur enregistrement.

D'autre part, les bases statistiques ont été modifiées à partir de 1988.

Enfin, la loi d'amnistie de juillet 1988 a un effet artificiel de diminution des chiffres.

Sur ces bases, dont la Chancellerie souligne elle-même l'hétérogénéité, on assiste à une baisse importante du nombre d'affaires depuis 1985 :

**ACTIVITE EN MATIERE PENALE  
LES COURS D'APPEL**

	1984	1985	1986	1987	1988 (p)	1989
Affaires dont la chambre a été saisie (1)		48.642	50.705	46.681	47.134	43.241
Condamnations prononcées après un appel inscrites au casier judiciaire (2)	29.603	31.481	33.796	33.746	25.896	

(1) Source : cadres du parquet

(2) Source : casier judiciaire

(p) données provisoires

**ACTIVITE EN MATIERE PENALE  
LES TRIBUNAUX DE GRANDE INSTANCE**

	1984	1985	1986	1987	1988 (p)	1989
<b>POURSUITES</b>						
- Affaires ayant fait l'objet d'une décision de poursuite devant le tribunal correctionnel		663.703	602.131	514.586	483.084	489.941
- Affaires dont ont été saisis les juges d'instruction		62.338	61.164	59.012	57.455	55.637
- Affaires dont ont été saisis les juges pour enfants		59.218	51.703	47.320	41.547	46.389
<b>JUGEMENTS</b>						
- Affaires nouvelles portées devant le tribunal correctionnel (1)		525.694	565.789	469.527	453.139	439.015
- Condamnations définitives (2) prononcées par les tribunaux correctionnels et inscrites au casier judiciaire (3)	479.140	525.546	522.026	413.884	307.316 (p)	

(1) Source : cadres du parquet

(2) délits et contraventions de 5<sup>e</sup> classe

(3) Source : casier judiciaire

(p) données provisoires

**ACTIVITE EN MATIERE PENALE  
LES TRIBUNAUX D' INSTANCE**

	1985	1986	1987	1988	1989 (p)
<b>POURSUITES (1)</b>					
- PV ayant donné lieu à une amende forfaitaire majorée (ou amende pénale fixe)	8.318.900	8.199.828	7.745.168	3.881.204 (2)	7.487.186
- Affaires ayant fait l'objet d'une décision de poursuite devant le tribunal de police selon un procédure					
* d'ordonnance pénale	1.567.084	1.536.572	1.311.327	907.937	1.209.111
* de citation directe	394.198	381.157	371.031	316.318	374.474
<b>JUGEMENTS (3)</b>					
- Ordonnances pénales	1.552.146	1.661.437	1.399.860	814.856	1.089.698
- Jugements rendus sur citation directe ou convocation par PV ou officier de police judiciaire	449.988	479.013	464.268	383.657	440.047

(1) Source : cadres du Parquet

(2) baisse très importante due à la loi d'amnistie de juillet 1988

(p) Statistiques provisoires

C'est avec beaucoup de précautions qu'il faut interpréter les chiffres disponibles.

• Les statistiques masquent, en fait, la progression continue de la délinquance et l'incapacité du juge à la traiter.

Il faut, en effet, souligner que le Parquet, conservant l'opportunité des poursuites, peut à tout moment décider de classer des affaires pour éviter de surencombrer les juridictions déjà surmenées et il semble que cette faculté de classement - qui est de l'ordre de 70 % des affaires - soit largement utilisée dans un souci de gestion.

Il est donc permis d'affirmer que le manque de moyens est aujourd'hui dissimulé par les classements opérés sous couvert de l'opportunité des poursuites.

En outre, de plus en plus, les services de police ne transmettent plus au Parquet toute une catégorie d'affaires de petite délinquance et se contentent de les inscrire sur la "main courante" du commissariat.

Ainsi, toute une série de petits délits, parmi ceux qui touchent le plus directement le public dans sa vie quotidienne (vois, petites agressions) ne sont même pas enregistrés en tant qu'«affaires» pénales, alors que l'opinion est très sensibilisée à leur progression.

C'est ce qui explique également en partie l'infléchissement passager de la criminalité affiché pendant quelques années, infléchissement dont on peut se demander s'il ne constitue pas une forme de publicité mensongère ?

## Crimes et délits constatés

1984	1985	1986	1987	1988	1989	1990
3.681.453	3.579.194	3.292.189	3.170.970	3.132.654	3.266.442	3.492.712

Source : Direction générale de la Police nationale

## B - Une justice qui s'épuise à suivre la montée des contentieux

## 1 - La Justice a accompli de réels efforts pour faire face à l'afflux des contentieux

• Le nombre d'affaires terminées par an a nettement progressé, même s'il l'a fait de manière irrégulière ; les statistiques reproduites ci-après ne traduisent toutefois pas les progrès particulièrement sensibles réalisés par certaines juridictions.

ACTIVITÉ DES JURIDICTIONS CIVILES  
Evolution 1985-1989

(source : ministère de la Justice)

Type de juridiction	1985	1986	1987	1988 (p)	1989	
	Nombre	Evolution	Evolution	Evolution	Nombre	Evolution
<b>Cour de cassation</b>						
Affaires nouvelles	16.819	- 2,3	+ 12,4	- 4,3	19.975	+ 13,1
Affaires jugées	14.368	- 9,6	+ 39,6	- 9,1	19.255	+ 16,8
<b>Cours d'appel</b>						
Affaires nouvelles	147.264	- 0,3	+ 1,2	+ 3,4	161.406	+ 5,1
Affaires jugées	138.059	+ 3,2	+ 5,0	+ 5,8	163.973	+ 3,6
<b>Tribunaux de grande instance</b>						
Affaires nouvelles	417.552	+ 2,4	+ 1,2	+ 4,1	470.357	+ 4,5
Affaires jugées	425.493	+ 2,3	n.s.	+ 4,5	460.022	+ 1,2
<b>Tribunaux d'instance</b>						
Affaires nouvelles	399.953	+ 5,5	+ 6,8	+ 6,0	510.127	+ 6,7
Affaires jugées	386.853	+ 6,2	+ 9,5	+ 0,2	480.624	+ 6,6

• Depuis 1985, les délais moyens de jugement ont très légèrement diminué, mais sans revenir, sauf pour les tribunaux de grande instance, à un niveau inférieur à celui de 1983 :

## DUREE MOYENNE DES AFFAIRES TERMINEES

	1982	1983	1984	1985	1986	1987	1988	1989
Cours d'appel	14,8	16,2	17,2	17,7	17,6	17,8	16,9	16
Tribunaux de grande instance	10,4	11,3	11,8	11,8	11,3	11,0	10,5	9,7
Tribunaux d'instance	4,1	4,3	4,8	4,8	3,9	4,2	4,1	4,3

Encore, ces délais, qui restent de toute évidence trop longs, ne sont-ils que des moyennes nationales : on relève, par exemple, que les délais de jugement de trois cours d'appel atteignent des moyennes de 23,9 mois, 21 mois et 20 mois.

*2 - Mais la montée des contentieux a incontestablement détérioré le fonctionnement de la Justice*

a) *Les stocks d'affaires* (1) augmentent de façon continue devant les tribunaux d'instance et n'ont commencé à régresser faiblement et récemment que devant les cours d'appel ;

	Cours d'appel	Tribunaux de grande instance	Tribunaux d'instance
1985	216 117	442 156	163 175
1986	225 322	396 697	176 275
1987	214 872	378 030	181 155
1988	207 465	370 357	202 439
1989	200 650	370 891	206 735
1990	198 322	393 431	238 340

Source : ministère de la Justice

b) *Le délai d'évacuation* (1) des affaires, qui se définit comme le stock moyen ramené au nombre d'affaires terminées, a très fortement augmenté jusqu'à la première moitié des années 80 ; il est redescendu depuis lors dans les cours d'appel, il est encore légèrement remonté dans les tribunaux de grande instance et a recommencé d'augmenter dans les tribunaux d'instance.

c) Plusieurs juridictions déclarent publiquement **ne plus pouvoir assumer** certains contentieux ; ainsi la plupart des tribunaux d'instance s'estiment dépassés par les dossiers de surendettement des ménages. Tel procureur de la République déclare **ne pas pouvoir traiter** les contentieux relatifs aux chèques sans provision et dans les faits, les parquets fixent des seuils en-deçà desquels les poursuites ne sont pas engagées (2).

d) *La qualité des jugements* est contestée, de l'aveu de certains magistrats eux-mêmes : plusieurs juges déclarent consacrer **moins de cinq minutes à chaque décision** ou bien devoir recourir systématiquement à la **procédure du juge unique**.

Comme l'a déclaré le président d'un tribunal de grande instance, en réponse au questionnaire adressé par la commission de contrôle : *«L'analyse des statistiques civiles de ces dernières années démontre que le nombre d'affaires jugées croît malgré l'augmentation des affaires nouvelles alors que l'effectif des magistrats n'a pas évolué dans les mêmes proportions.*

*«On peut expliquer, pour partie, cette meilleure "productivité" par une rationalisation des méthodes, mais force est de constater que pressé de juger plus vite*

(1) Selon la terminologie en vigueur à la Chancellerie.

(2) Dans un même département, les auteurs de chèques sans provision ne sont pas poursuivis au chef-lieu tandis que dans l'arrondissement voisin ils font systématiquement l'objet de poursuites.

*pour vaincre cette réputation de lenteur qui s'attache à la Justice, le magistrat consacre nécessairement de moins en moins de temps à chaque décision.*

*«Concomitamment, le recours au juge unique, au juge rapporteur ou dans les cours d'appel, au conseiller-rapporteur, est devenu la règle dans certains ressorts où réunir une formation collégiale tant pour l'audience que pour le délibéré devient un luxe.»*

Le résultat de cette détérioration peut aller jusqu'à l'illisibilité totale des jugements, comme en témoigne la récente requête d'un justiciable auprès de l'un de nos collègues, afin d'«essayer» de comprendre le sens de l'arrêt que venait de lui notifier la Cour de cassation.

*e) Enfin, la visite des juridictions montre que de plus en plus, la Justice vit d'expédients, pire encore, qu'elle vit dans l'illégalité :*

Le tableau reproduit ci-contre reprend, à titre d'illustrations, certaines des «perles» relevées par la commission.

#### Quelques «perles» relevées par la commission de contrôle

- dans un tribunal de grande instance, le retard pris par la régie de paiement de l'aide judiciaire atteint un an, soit 10 millions de francs de dette permanente pour l'État ;
- dans certaines juridictions, le retard de délivrance des "grosses" des jugements, peut aller jusqu'à douze mois ;
- certains tribunaux d'instance chargés de délivrer des certificats de nationalité aux Français établis hors de France connaissent des retards pouvant atteindre deux ou trois ans ;
- plusieurs tribunaux font appel, en désespoir de causes à des services privés de dactylographes rémunérés sur des crédits de fonctionnement destinés à d'autres postes et pour lesquels ils sont amenés à émettre de véritables fausses factures ;
- dans certaines juridictions, il a été recouru, de la manière la plus illégale, à l'emploi de "contrats emploi solidarité" sous couvert d'associations créées à ce seul effet, afin de suppléer à la carence de personnel ; ces personnels sont même affectés dans les greffes de Parquet sans aucun souci de la confidentialité des affaires qui y sont traitées ;
- certains conseils généraux et chambres de commerce et d'industrie, sont amenés à financer une partie des personnels des greffes des tribunaux de commerce, ce qui est pour le moins anormal lorsque l'on sait que ces charges ont une valeur vénale ;
- la visite de l'annexe achevée il y a à peine dix-huit mois d'un tribunal de grande instance révèle tout simplement qu'elle ne comporte ni prises téléphoniques, ni prises de terminal informatique, ni dispositif de sécurité pour les dossiers, et que les salles d'audience sont totalement inadaptées à l'usage auquel elles étaient destinées ;
- dans plusieurs ailes de bâtiments visités, les magistrats et agents sont unanimes à reconnaître le nombre considérable des infractions aux règles élémentaires d'hygiène et de sécurité ;
- la commission de contrôle a observé avec étonnement le mode de rémunération des agents chargés d'utiliser les équipements informatiques. Ceux d'entre eux qui opèrent sur des appareils agréés par la Chancellerie, c'est-à-dire les matériels qui sont notoirement déficients, perçoivent une prime mensuelle de plusieurs centaines de francs. En revanche, ceux qui ont fait preuve d'initiative en ayant recours à des procédés nouveaux et relativement performants sont privés de cette gratification. C'est ainsi que le souhait légitime d'obtenir une amélioration de rémunération

*conduit certains agents à demander une mutation. Étrange système qui incite au mouvement du secteur de l'efficacité vers celui de la contre-performance ;  
- enfin, la Chancellerie dispose de 1.200 postes budgétaires alors que 1.800 personnes y travaillent, 600 d'entre elles étant en fait prélevées sur les juridictions de la région parisienne auxquelles elles sont affectées ou encore sur l'administration pénitentiaire ; certains surveillants pénitentiaires exercent ainsi des fonctions de chauffeur à l'administration centrale.*

.../...

## CONCLUSION

La commission de contrôle tient à remercier très vivement tous ses interlocuteurs qui, à travers les auditions, visites et questionnaires, ont répondu à ses questions sans réserve et ont manifesté un grand intérêt pour ses travaux. Si, dans l'institution judiciaire, le meilleur coexiste souvent avec le pire, il est incontestable que son potentiel humain permet tous les progrès.

Le constat dressé par la commission pourra effrayer ; il va en effet bien au-delà des cris d'alarme lancés chaque année au Parlement à l'occasion de l'examen du projet de loi de finances, selon un rituel qui a prouvé son inefficacité.

Les solutions préconisées appellent une véritable révolution dans les mentalités et les habitudes. Il doit désormais être acquis que toute autre démarche ne serait que faux semblant.

Il est urgent d'agir. Avec raison, les Français s'impatientent. Puissent les responsables politiques, les magistrats et l'ensemble des professions de justice leur apporter la réponse qu'ils sont en droit d'exiger.

\*-\*.\*\*

Réunie le lundi 3 juin sous la présidence de M. Hubert Haenel, président, la commission a entendu le rapport présenté par M. Jean Arthuis, rapporteur.

À l'unanimité des présents, elle en a adopté les conclusions.

## II - LE FONCTIONNEMENT DE LA JUSTICE

Question : Estimez-vous que la Justice en France fonctionne très bien, assez bien, assez mal ou très mal ?

	Ensemble des Français		<i>Comparaison avec les réponses des magistrats</i>	
Très bien .....	1	} 30	2	} 54
Assez bien .....	29		52	
Assez mal .....	51	} 67	39	} 45
Très mal .....	16		6	
- Sans opinion .....		3		1
		100 %		100 %

## III - LE RECOURS A LA JUSTICE

Question : Pour la défense de vos droits ou de vos intérêts, est-ce que vous auriez facilement recours à la Justice ou est-ce que vous hésiteriez à faire appel à la Justice ?

- J'aurais facilement recours à la justice .....	52
- J'hésiterais à faire appel à la justice .....	45
- Sans opinion .....	3
	100 %

## V - LES ATTENTES DES FRANCAIS

Question : Pour chacune des mesures suivantes touchant la Justice, estimez-vous qu'elle est prioritaire, très importante mais pas prioritaire, pas très importante ou pas du tout importante ?

		Prioritaire	Très importante mais pas prioritaire	Pas très importante	Pas du tout importante	Sans opinion
- Traiter plus rapidement les affaires . . . . .	100 %	76	22	1	0	1
- Renforcer l'aide judiciaire aux plus démunis . . . . .	100 %	69	25	3	1	2
- Améliorer l'aide aux victimes et leur indemnisation . . . . .	100 %	69	26	2	1	2
- Accroître les moyens de fonctionnement de la Justice . . . . .	100 %	50	36	7	1	6
- Développer la coopération entre la Justice et la police . . . . .	100 %	48	37	8	1	6
- Accroître l'indépendance des juges . . . . .	100 %	44	33	14	2	7
- Mieux préparer la réinsertion des condamnés à la fin de leur peine . . . . .	100 %	43	38	10	5	4
- Renforcer les peines de prison . . . . .	100 %	32	29	23	6	10
- Réduire le nombre des libérations conditionnelles . . . . .	100 %	26	26	24	13	11
- Améliorer les conditions de vie dans les prisons . . . . .	100 %	17	25	31	21	6

# EXTRAIT

## RAPPORT SÉNAT

*Président M. Hubert HAENEL*

SECONDE SESSION ORDINAIRE DE 1991-1992

N° 400 \*

*de la commission d'enquête chargée de recueillir tous éléments d'information sur le fonctionnement des juridictions de l'ordre administratif et l'exécution de leurs décisions ainsi que sur les services chargés du contentieux administratif dans les administrations publiques, créée en vertu d'une résolution adoptée par le Sénat le 10 décembre 1991*

Mesdames, Messieurs,

Moins voyante et moins médiatisée, la crise de la justice administrative n'est pas moins grave que celle de la justice judiciaire. Elle confirme une profonde crise de l'État de droit et alimente un soupçon sur le droit de l'État.

Si la crise est moins voyante, c'est sans doute que la justice administrative est "moins visible". Pendant longtemps, elle a été assimilée à l'administration, dont elle est historiquement issue, et n'a constitué qu'un service contentieux de l'État, à mi-chemin entre un bureau de réclamation et une véritable juridiction.

Lorsque la matière est complexe, le spectaculaire a peu de place et les chroniqueurs restent à distance. Par rapport à leurs collègues de l'ordre judiciaire, les magistrats administratifs n'ont pas cédé aux pièges du "vedettariat", leurs syndicats ont préservé la discrétion et les échos de leurs congrès ne s'étaient pas dans les médias. La juridiction elle-même cultive la non communication. Le Conseil d'État veille et gère. Le rattachement récent des crédits de la justice administrative au budget de la Justice ne doit pas faire illusion : le Garde des Sceaux n'exerce qu'une tutelle lointaine et formelle.

Contrairement à la juridiction judiciaire, la juridiction administrative n'a fait jusqu'ici l'objet d'aucun rapport public permettant d'alerter le Gouvernement et le Parlement. Il existe certes un rapport annuel du Conseil d'État, mais il étudie surtout de grandes questions juridiques et présente l'évolution de la jurisprudence

---

\* P. 11 à 15 et p. 18 à 43.

administrative. Pour 1991, il ne consacre à la gestion des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel que 5 pages sur 400.

D'ailleurs, lorsque l'an dernier la commission de contrôle sur le fonctionnement des services relevant de l'autorité judiciaire avait voulu s'intéresser aux juridictions administratives, elle avait rencontré certaines réticences : d'aucuns n'avaient pas manqué de lui faire observer que les juridictions administratives n'entraient pas dans l'objet de ses investigations.

La justice administrative préfère régler ses affaires en famille, elle cultive un apparent effacement et n'a pas l'habitude d'attirer l'attention, ni, d'une façon plus générale, que l'on s'intéresse à elle.

Au fond, sa seule ostentation est sa discrétion.

Or, quand on y regarde de plus près, on s'aperçoit que, sous une sérénité de façade, la juridiction administrative est confrontée à de réels problèmes.

**Les justiciables sont exaspérés par sa lenteur et scandalisés par l'inexécution de certaines de ses décisions.**

La lenteur de la procédure devant les juridictions administratives, les difficultés de l'exécution de leurs décisions sont des maux connus de longue date, comme si le retard était une constante incompressible, une sorte de fatalité.

Déjà, dans la première moitié du siècle, il avait fallu deux ans et demi au Conseil d'État pour annuler un refus de permis de construire (1). La dualité de juridictions peut ralentir encore plus la marche du juge : ainsi, il n'a pas fallu attendre moins de treize ans pour que le juge statue sur le dommage causé à un enfant blessé par le bénitier d'une église (2). De même, un particulier ayant obtenu un jugement en sa faveur mit quinze ans à obtenir un jugement engageant la responsabilité de l'État pour le défaut de concours de la force publique pour assurer l'exécution de cette décision de justice (3).

Il est vrai que l'encombrement du Conseil d'État est presque aussi ancien que le Conseil lui-même.

Il est mentionné pour la première fois dans un rapport adressé par le Garde des Sceaux au Président de la République le 7 décembre 1878, date à laquelle 9.000 affaires par an étaient enregistrées. Si la moyenne des affaires traitées chaque année à la fin du XIXème siècle augmentait régulièrement, l'arriéré ne cessait cependant de croître. Au 1er octobre 1909, il y avait 4.107 requêtes en retard. Le Conseil examinant 1.150 affaires par an en moyenne, il aurait fallu, à ce rythme, trois ans et demi pour liquider l'arriéré.

Un autre bond quantitatif eut lieu après la première guerre mondiale, du fait des lois fiscales nouvelles, de la multiplication des services publics et des événements de guerre. Il en a été de même au lendemain de la deuxième guerre mondiale en raison des interventions croissantes de l'État dans la société.

Malgré de louables efforts, le juge n'est pas parvenu à surmonter une lenteur chronique.

En 1988, la juridiction administrative s'est engagée dans un long cycle de réformes qui vont durer sept ans, jusqu'en 1995. La loi du 31 décembre 1987 a permis, grâce à la création des cours administratives d'appel, d'alléger la charge du Conseil d'État mais non de réduire les délais devant les tribunaux administratifs.

Cette lenteur persistante a d'ailleurs été fustigée par la Cour européenne des droits de l'homme. Accablant verdict que celui qu'elle rend, le 24 octobre 1989, en condamnant la France pour dépassement du "délai raisonnable d'instance". Celle-ci

(1) CE, 4 avril 1914, Comel.

(2) CE, 10 juin 1921, commune de Monségur.

(3) CE, 30 novembre 1923, Couitéas.

avait duré sept ans, quatre ans devant le tribunal administratif et trois ans, en appel, devant le Conseil d'État.

Pour les justiciables, la réforme de 1987 ne semble pas encore avoir un effet tangible.

L'attitude de l'administration à l'égard de ses services contentieux ne fait qu'aggraver cette situation. Si les entreprises ont pris la mesure de l'importance du droit, l'État en revanche le néglige. Déconsidérée, ignorée, voire abandonnée, la fonction juridique dans l'administration est marginalisée.

La décentralisation, qui a diversifié les acteurs publics et multiplié les règles, devrait donner un rôle croissant au juge dans l'État.

C'est loin d'être le cas aujourd'hui.

Cette situation préoccupante a motivé la création de la présente Commission d'enquête.

L'an dernier, la commission de contrôle chargée d'examiner les conditions d'organisation et les modalités de fonctionnement des services relevant de l'autorité judiciaire avait déjà estimé indispensable que soit étudié le fonctionnement de la juridiction administrative.

Déposée par notre collègue Geoffroy de Montalembert, la proposition de résolution tendant à la création d'une commission d'enquête (1) a donc fait l'objet d'un rapport favorable de la commission des Lois (2). La résolution a été adoptée par le Sénat, en séance publique, le 10 décembre 1991.

La Commission s'est immédiatement mise au travail.

Elle a procédé à de nombreuses auditions de membres de la juridiction administrative, d'avocats, de professeurs de droit, de hauts fonctionnaires et d'associations d'usagers. Elle a effectué des déplacements dans des juridictions de tous niveaux, tribunaux administratifs, cours administratives d'appel et Conseil d'État. Elle s'est également rendue, comme la résolution l'y invitait, dans plusieurs services contentieux des administrations centrales de l'État, des services extérieurs et des collectivités locales.

Elle a en outre effectué un déplacement à Strasbourg à la Cour européenne des droits de l'homme, au Tribunal constitutionnel fédéral allemand et au tribunal administratif de Karlsruhe.

Le 13 janvier 1992, les présidents de juridiction administrative ont été invités par la Commission à lui communiquer toute information susceptible de l'intéresser concernant leur juridiction.

Les cinq présidents des cours administratives d'appel et les vingt-huit présidents de tribunal ont répondu (3).

Un autre questionnaire a été adressé à l'ensemble des ministres, aux présidents des conseils généraux et régionaux et à certaines grandes entreprises nationales gérant des services publics. Les taux de réponse ont varié de moins de la moitié aux deux tiers (3).

Cette crise de la justice administrative a conduit la Commission à examiner les principes mêmes de la dualité de juridictions et du dédoublement fonctionnel du juge administratif, ainsi que ses méthodes de travail.

(1) Proposition de résolution n° 482 (1990-1991).

(2) Rapport n° 136 (1991-1992) de M. Hubert Haenel au nom de la commission des Lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale.

(3) Voir annexe I.1.

Dans le même temps, elle a mesuré le manque d'attention porté au droit par les gestionnaires publics.

Alors que l'attente de justice n'a jamais été aussi forte, les propositions formulées par la Commission visent à assurer les droits des justiciables autant que le respect de l'autorité de l'État.

.../...

## I - LES DÉLAIS DE JUGEMENT SONT TROP LONGS

Plus encore que la justice judiciaire, la justice administrative est lente à statuer. La réforme engagée en 1987 n'a pas pu, ou su, remédier à cette lenteur du juge qui confine parfois au déni de justice. La Cour européenne des droits de l'homme s'en est d'ailleurs inquiétée et a sanctionné la France pour ce motif à deux reprises.

### A - La justice administrative reste trop lente en dépit des effets positifs de la réforme de 1987

*«Avant la réforme de 1987, le délai moyen de l'appel devant le Conseil d'État atteignait 3 ans 5 mois et la première instance exigeait 2 ans 3 mois.*

*«Aujourd'hui le délai moyen de l'appel n'est plus que de 2 ans pour l'excès de pouvoir, en appel devant le Conseil d'État, et d'environ 1 an 4 mois pour le plein contentieux, en appel devant les cours administratives d'appel.*

*«Le délai en première instance s'est à peine réduit passant de 2 ans 3 mois en 1987 à 2 ans 2 mois en 1991».*

Ainsi s'ouvre le deuxième rapport annuel sur l'activité des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel. La mise en œuvre de la loi du 31 décembre 1987 n'a en moyenne réduit les délais de jugement devant les tribunaux administratifs que d'un mois ! Les moyens mis en œuvre pour renforcer la justice administrative ne paraissent donc pas avoir été à la hauteur du problème.

Le législateur a créé, par la loi de 1987, cinq cours administratives d'appel qui ont permis de désencombrer le Conseil d'État et d'améliorer sensiblement les délais de traitement du contentieux d'appel. Il a en outre fortement renforcé les effectifs des tribunaux administratifs. Force est cependant de constater que les délais cumulés d'une instance qui se poursuivrait jusqu'en appel sont encore aujourd'hui, en moyenne, de 4 ans 2 mois si l'appel est exercé devant le Conseil d'État et de 3 ans 6 mois s'il est formé devant une cour administrative d'appel.

Ces chiffres moyens cachent toutefois une grande diversité de situations et masquent certaines évolutions positives qui méritent d'être analysées.

#### *1 - La justice administrative, malgré des efforts indéniables, ne parvient pas à répondre à l'accroissement de la demande de justice*

• Jusqu'au milieu des années 70, le nombre des requêtes nouvelles enregistrées chaque année par les tribunaux administratifs est stable, entre 21.000 et 24.000. Pendant la même période, le nombre d'affaires traitées ou classées lui est inférieur d'environ 5 %.

À partir de 1976-1977, cette situation évolue nettement : la demande de justice connaît en effet une croissance très sensible qui s'effectue par paliers successifs. Ainsi que l'illustre le graphique reproduit à la page précédente, le décalage déjà constaté entre affaires enregistrées et affaires traitées ou classées par les

tribunaux administratifs se creuse et ne parvient pas, sauf en 1981-1982, à être rattrapé.

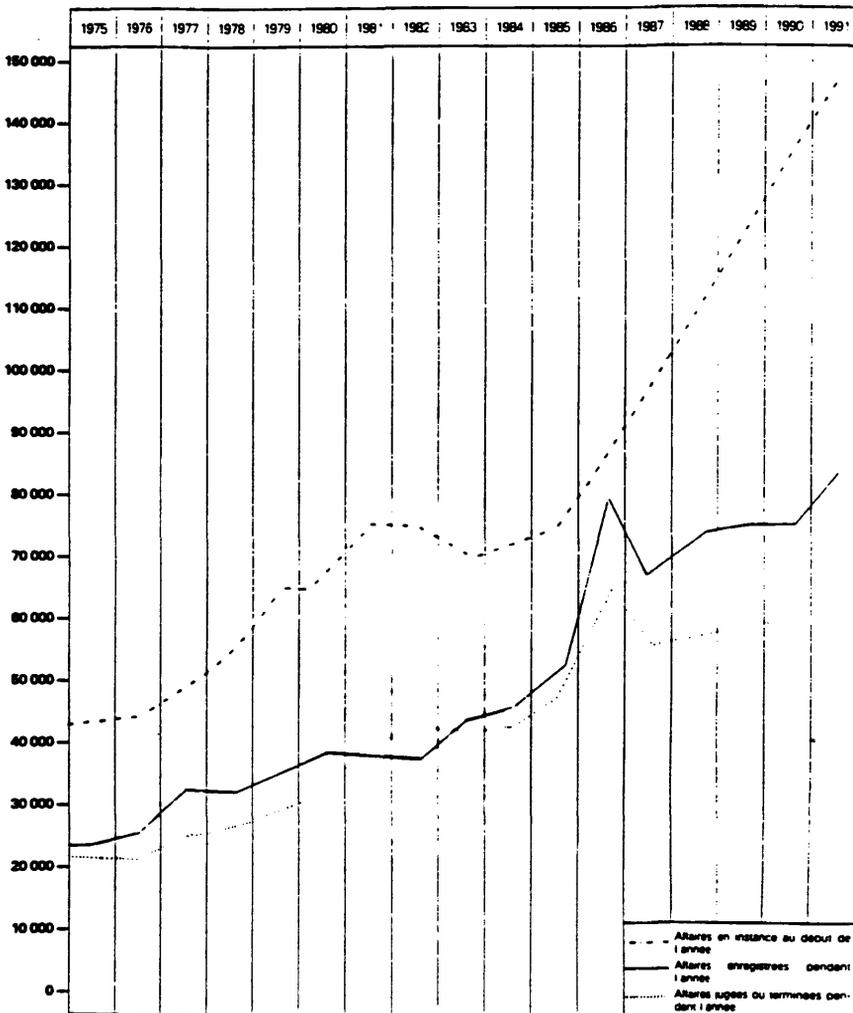
Il en résulte mécaniquement un allongement de plus en plus sensible des délais de jugement.

Devant le Conseil d'État, la situation est analogue. Alors qu'en 1978 près de 20 % des instances duraient plus de 3 ans, au 31 décembre 1986, ce sont 26 % des dossiers qui étaient enregistrés depuis plus de 3 ans.

Ces difficultés n'étaient certes pas spécifiques à la juridiction administrative, puisque dans le même temps les juridictions judiciaires voyaient le délai moyen de traitement d'un dossier s'accroître dans des proportions comparables. Il en était d'ailleurs de même dans la plupart des démocraties occidentales.

• La réforme mise en œuvre par la loi du 31 décembre 1987 a permis d'augmenter sensiblement, mais seulement à partir de l'année 1991, le nombre des affaires traitées par les tribunaux administratifs.

Activité des tribunaux administratifs



Par rapport à 1990, les décisions rendues en 1991 par les tribunaux administratifs sont en hausse de 17,5 %, tandis que les cours administratives d'appel ont rendu 17 % de décisions supplémentaires. Le Conseil d'État, pour sa part, a réglé 9,5 % d'affaires de plus que l'année précédente.

Ces efforts restent toutefois insuffisants au regard de l'accroissement continu du nombre des recours enregistrés. Même si cette croissance commence enfin à connaître une certaine décélération, son taux annuel, pour les tribunaux administratifs, reste établi à un très haut niveau : + 13 % en 1988, + 11 % en 1989, + 8 % en 1990 et + 6 % en 1991. En 1991, 78.061 affaires nouvelles ont été enregistrées, tandis que les tribunaux administratifs en traitaient dans le même temps 69.100.

• L'augmentation du nombre des recours résulte à la fois d'un **accroissement des contentieux traditionnels et de l'émergence de contentieux nouveaux** :

- le contentieux de l'urbanisme et de l'environnement continue à connaître un accroissement régulier, traduisant à la fois l'importance des interventions administratives et la sensibilité accrue de l'opinion à ces problèmes. Ces affaires soulèvent peu de questions juridiques nouvelles. Selon le Conseil d'État, dans son dernier rapport annuel, les principales difficultés rencontrées tiennent *«à la complexité de la procédure d'élaboration des documents d'urbanisme, à la variété et à la sophistication des instruments de planification, aux irrégularités commises sur les autorisations ou refus d'autorisation de construire»*.

- le contentieux de la fonction publique progresse désormais du fait de la restructuration de la fonction publique territoriale entreprise sur le fondement de la loi du 26 janvier 1984.

- l'accroissement du contentieux intéressant les étrangers s'est poursuivi en 1991 et a donné lieu à d'importantes décisions de principe en raison du contrôle plus strict des flux migratoires, des modifications fréquentes du droit applicable et de sa complexité, -il doit notamment être combiné avec des conventions internationales. L'explosion du nombre des recours relatifs aux réfugiés semble traduire quant à lui *«la volonté des intéressés d'épuiser systématiquement toutes les voies de droit possibles»*.

## Affaires enregistrées et affaires jugées ou terminées par désistement, non lieu ou renvoi devant les tribunaux administratifs

Année	1975	1976	1977	1978	1979	1980	1981	1982	1983	1984	1985	1986	1987	1988	1989	1990	1991
Affaires enregistrées	21 898	24 335	30 221	30 181	35 658	40 569	39 882	38 834	46 434	49 192	55 208	76 928	61 793	68 205	69 982	69 853	78 061
Taux d'accroissement annuel du nombre d'affaires enregistrées (%)	..	+ 11,1	+ 24,2	- 0,1	+ 18,1	+ 13,8	- 1,9	- 2,6	+ 19,6	+ 5,9	+ 12,2	+ 39,3	- 19,7	+ 10,4	+ 2,6	- 0,2	+ 11,7
Affaires jugées ou terminées par désistement, non lieu ou renvoi	20 749	20 519	24 949	25 777	27 920	31 628	40 146	43 353	42 393	43 582	47 651	64 039	53 089	54 478	57 457	57 629	69 100
Taux d'accroissement annuel du nombre d'affaires jugées ou terminées (%)	..	- 1,1	+ 21,6	+ 3,3	+ 8,3	+ 13,3	+ 26,7	+ 8,0	- 2,2	+ 2,8	+ 9,3	+ 34,4	17,1	+ 2,6	+ 5,5	+ 0,3	+ 19,9
Ratio des affaires jugées ou terminées par rapport aux affaires enregistrées (%)	94,7	84,3	82,6	85,4	78,3	78,0	100,7	111,6	91,3	88,6	86,3	83,2	85,9	79,9	82,1	82,5	88,5

Le Conseil d'État note également, parmi les contentieux moins abondants, que les rapports entre collectivités publiques et établissements d'enseignement privé donnent toujours lieu à un contentieux important, en raison de l'ancienneté des textes et « de la difficulté de maintenir des équilibres assez fragiles ».

Parmi les sources nouvelles de contentieux, on peut relever :

- l'agrément administratif préalable aux décisions judiciaires d'adoption des mineurs,
- la définition des pouvoirs des fédérations sportives,
- les décisions disciplinaires prises par le Conseil des bourses de valeurs.

## 2 - Les juridictions administratives accumulent des stocks très importants

• En 1991, le rapport moyen des affaires traitées par les tribunaux administratifs, aux affaires enregistrées a été de 88,5 %.

Il en résulte une progression mécanique d'un stock déjà considérable qui représentait un total de 156.081 dossiers au 31 décembre 1991, soit 44 % de plus qu'en 1987, date de la réforme.

Sur ce stock, plus du tiers des affaires a plus de deux ans (56.223, soit 36,6 %) et le délai théorique d'élimination du stock est actuellement de 2 ans 3 mois 8 jours.

- Cette moyenne nationale masque en outre des disparités considérables, variant, toujours en durée moyenne de traitement, de 10 mois 25 jours (Clermont-Ferrand) à 4 ans 7 mois 28 jours (Versailles).

Avec des délais moyens de traitement inférieurs à 8 mois, les tribunaux administratifs des territoires d'outre-mer battent tous les records, même s'il est vrai que le nombre d'administrés dans chaque ressort y est sensiblement moins élevé qu'en métropole.

Tous les chefs de juridiction sont sensibles à ce problème puisque seule une réponse au questionnaire que leur a adressé la Commission d'enquête n'y fait pas allusion.

- Ils reconnaissent par ailleurs que le délai moyen, -ou délai théorique d'évacuation des stocks-, ne constitue qu'une mesure très imparfaite de la situation puisqu'il se contente de rapporter le nombre d'affaires en stock à la clôture de l'année judiciaire au nombre d'affaires jugées au cours de la même période. En effet, ce rapport peut se trouver artificiellement gonflé ou diminué par des séries de requêtes ayant le même objet.

D'autre part, s'agissant d'un délai moyen, ce ratio reflète d'autant moins les délais effectifs de jugement que le chef de juridiction pratique une politique dynamique de gestion du stock d'affaires en hiérarchisant des priorités par type de contentieux. En ce cas, un délai théorique de jugement de 2 ans 6 mois peut signifier pour les requêtes classées comme non urgentes un délai réel de jugement compris entre 4 ans 6 mois et 6 ans 6 mois.

Certaines juridictions font des efforts particuliers pour éliminer leur stock de dossiers anciens, -enregistrés depuis plus de 2 ans-, comme Clermont-Ferrand (4,71 % d'affaires en stock ont plus de 2 ans), Toulouse (8,85 %), Bordeaux (10,95 %), tandis que d'autres tribunaux ont une politique moins tournée vers le traitement des dossiers les plus anciens : ainsi, Orléans (65,10 % d'affaires en stock ont plus de 2 ans), Lyon (52,21 %), Versailles (51,51 %).

- Les perspectives sont inégales selon les tribunaux administratifs.

En effet, le rapport des affaires traitées aux affaires enregistrées laisse prévoir une amélioration dans certains tribunaux administratifs comme Nancy (138,20 %), Rouen (118,26 %) ou Amiens (116,17 %), alors qu'une dégradation est à envisager

à Châlons-sur-Marne (52,45 %), Versailles (64,48 %), Toulouse (66,21 %) et Paris (77,59 %), les tribunaux de la région parisienne ayant le plus grand nombre d'affaires enregistrées (26.235 pour Paris et 16.878 pour Versailles sur un total de 156.000 affaires dans l'ensemble des tribunaux). Les écarts sont très importants entre les extrêmes, Nancy et Châlons-sur-Marne : ils s'expliquent pour partie par des pointes localisées de contentieux dues à des séries (+31,35 % de requêtes enregistrées à Châlons avec 5 séries comprenant 1.137 affaires).

Ces disparités sont préoccupantes car elles accroissent les inégalités de traitement entre les justiciables selon le ressort du tribunal devant lequel ils ont entamé une procédure.

**- Les procédures d'urgence ne sont pas toujours traitées en urgence.**

#### Nature des affaires portées devant les tribunaux administratifs

- Sur environ 78.000 affaires enregistrées en 1991 :
  - le contentieux fiscal représente près de 17 000 dossiers,
  - le contentieux de la fonction publique arrive en deuxième position avec plus de 12.150 affaires,
  - le contentieux de l'urbanisme (9.800 affaires) et des polices autres que municipale (9.000 affaires) arrivent ensuite,
  - les contentieux des travaux publics (3.400 dossiers) et le contentieux relatif aux communes (4.000 dossiers) sont nettement moins importants.

Entre 2.000 et 3.000 dossiers, on trouve les contentieux relatifs à l'agriculture, au domaine public, à la voirie et à l'expropriation, aux marchés et contrats.

- Le stock reproduit fidèlement l'évolution des flux.

Sur plus de 156.000 dossiers en instance :

- près du tiers est relatif au contentieux fiscal, soit 50.000 dossiers,
- le contentieux de la fonction publique représente presque 23.500 affaires,
- le contentieux de l'urbanisme arrive ensuite avec 15.500 dossiers,
- le contentieux des polices autres que municipale totalise 12.700 dossiers.

Entre 4.000 et 7.000 dossiers en stock, on peut citer le contentieux de l'agriculture, le contentieux lié aux communes, celui des élections (434 affaires jugées pour un stock de plus de 4.000 affaires), des marchés et contrats, et des travaux publics.

Les procédures d'urgence, y compris le sursis à exécution, représentent en moyenne 17 % de l'activité des tribunaux administratifs métropolitains.

Certes les délais légaux de traitement de l'urgence imposés dans certaines matières, -élections, reconduite des étrangers à la frontière (48 heures), démission d'office des conseillers municipaux-, sont très généralement respectés. En revanche, en matière de sursis à exécution la situation est beaucoup moins satisfaisante. C'est ainsi que les sursis afférents aux permis de construire ne respectent généralement pas le délai d'un mois prévu par l'article L. 421-9 du code de l'urbanisme.

Par ailleurs, la demande de sursis à exécution, qui accompagne 40 à 50 % des déférés préfectoraux des actes des collectivités locales, atteint rarement son objectif qui est d'éviter les conséquences difficilement réversibles de l'exécution d'une décision

prise par une autorité locale. En effet, la plupart des demandes de sursis ne sont jugées que quelques mois après la demande du préfet, -parfois même six mois-, et la tendance des tribunaux administratifs est, dans l'ensemble, d'accélérer le jugement au fond de l'affaire plutôt que de se prononcer sur le sursis quand celui-ci est demandé.

Le fait que trop souvent l'examen de la demande de sursis à exécution soit joint au fond montre que le sentiment de l'urgence tend à s'estomper chez le juge administratif. Or, on sait toute l'importance d'une telle procédure qui permet seule de prévenir les effets parfois irréversibles d'une décision administrative illégale mais par nature exécutoire.

Sans multiplier les exemples, on imagine aisément que l'examen tardif d'une demande de suspension de l'interdiction d'une réunion publique interdit, dans les faits, la tenue de cette réunion, alors qu'une décision rapide aurait permis d'assurer l'exercice effectif d'une liberté publique si celui-ci avait été indûment empêché.

• **S'agissant des cours administratives d'appel, la situation est beaucoup plus satisfaisante.**

En l'état actuel du transfert de l'appel avant le 1er septembre 1992, quatre d'entre elles jugent davantage de requêtes qu'elles n'en enregistrent, comme le montre le tableau reproduit ci-après, et l'alourdissement du stock de la cinquième est marginal, puisqu'il résulte d'une série de requêtes analogues.

Entre 1990 et 1991, le stock d'affaires en instance devant les cours a régressé de 6 %.

On peut toutefois craindre que les nouveaux transferts de compétences échelonnés entre septembre 1992 et janvier 1995 n'emportent un alourdissement de ce stock dans les années à venir.

Affaires enregistrées et décisions rendues  
par les cours administratives d'appel en 1991

	Paris	Lyon	Bordeaux	Nantes	Nancy	TOTAL
Affaires enregistrées	1 214	1 137	977	944	799	5 071
Décisions rendues (y compris ordonnances de renvoi)	1 473	1 242	1 079	908	1 049	5 751
	(73)	(78)	(42)	(43)	(36)	(272)

• **Quant au Conseil d'État : l'ancienneté moyenne du stock annuel s'y est réduite par rapport à la situation prévalant il y a trois ans, passant de 3 ans 9 mois en 1989 à 2 ans 6 mois en 1992.**

Durée des instances devant le Conseil d'Etat pour les affaires jugées ou réglées

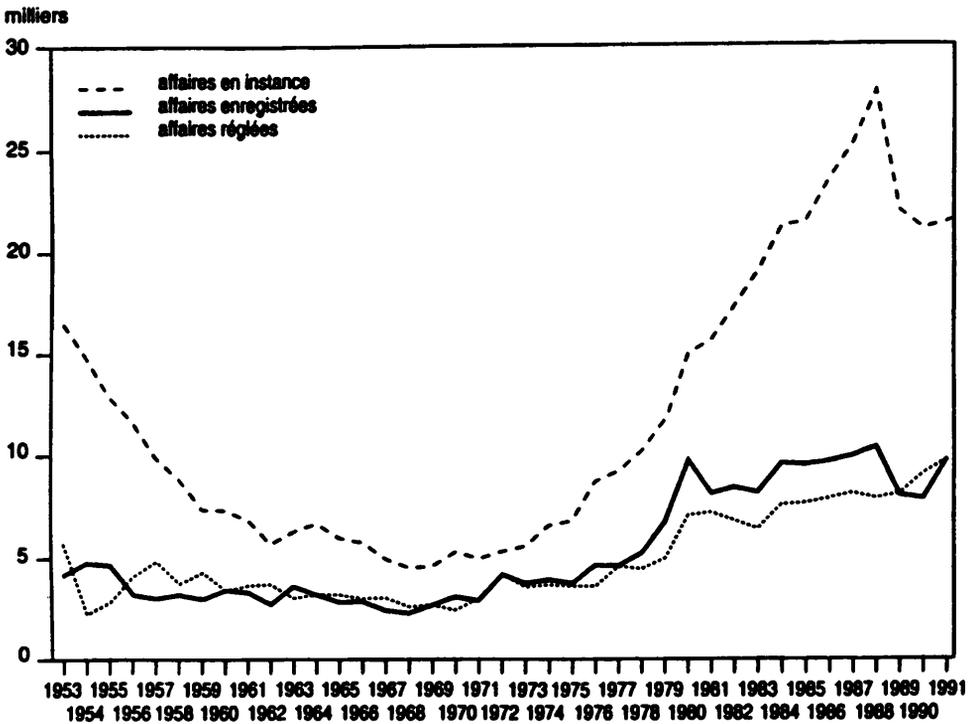
	1990		1991	
	(a)	(b)	(a)	(b)
Moins de 1 an	39 %	30 %	33 %	29 %
Entre 1 et 2 ans	13 %	14 %	14 %	15 %
Entre 2 et 3 ans	14 %	16 %	10 %	11 %
Plus de 3 ans	34 %	40 %	43 %	45 %

(a) Ensemble des affaires jugées ou réglées (sauf séries).

(b) Deduction faite des ordonnances de renvoi du président de la Section du contentieux, rendues en application des articles R. 73 et R. 85 du code des tribunaux administratifs.

L'effort du Conseil d'État, notamment au fiscal, pour juger les recours les plus anciens s'est traduit par une augmentation des affaires jugées enregistrées depuis *plus de 3 ans*. Les affaires enregistrées depuis *moins de 2 ans* représentent désormais plus de 55 % des affaires en instance.

### Activité du Conseil d'État



## Affaires en instance devant le Conseil d'Etat : ancienneté du stock

Affaires enregistrées	au 31.12.1990 : sur 21 107 affaires	au 31.12.1991 : sur 21 425 affaires
Moins de 1 an	28 %	36 %
Entre 1 et 2 ans	19 %	20 %
Entre 2 et 3 ans	16 %	14 %
Entre 3 et 4 ans	14 %	11 %
Entre 4 et 5 ans	10 %	7 %
Au-delà de 5 ans	13 %	12 %

Le délai moyen de jugement est actuellement de deux ans et demi, soit une baisse significative d'un an par rapport aux délais observés en 1988. Toutefois, le traitement des affaires ordinaires, -hors procédure abrégée ou d'urgence-, s'est accru par rapport à 1987, en raison du transfert aux cours administratives d'appel des dossiers les plus récents : il atteint maintenant 3 ans 2 mois.

Cette évolution résulte des transferts opérés en direction des cours administratives d'appel et de gains de productivité de l'ordre de 10 % par an. Les affaires jugées ont augmenté en 1991 de façon très sensible par rapport à 1990 (+ 20 %), 9.843 décisions ayant été rendues en 1991 contre 8.069 en 1990.

Délai moyen de jugement des affaires traitées  
(par année de sortie)

Délai moyen de jugement (en jours)	1985	1986	1987	1988	1989	1990	1991	1992
Hors procédures abrégées ou d'urgence	958	949	1 028	1 025	1 146	992	1 166	1 160
Procédures abrégées ou d'urgence	342	375	425	409	409	419	370	367

Le nombre des requêtes devant le Conseil d'État continue toutefois à augmenter (+ 22 % en 1991). Cette augmentation s'explique essentiellement par la hausse du nombre des décisions rendues par les tribunaux administratifs. Il faut noter également que parmi les juridictions spécialisées pour lesquelles le Conseil est juge de cassation, la Commission de recours des réfugiés a jugé à elle seule 61.000 affaires en 1991.

La Commission d'enquête ayant assisté à une séance de jugement, le 15 avril 1992, nous reproduisons ci-contre le rôle des affaires qui étaient jugées. Sans être nécessairement représentatif, celui-ci fait apparaître l'ancienneté de certains recours.

**B - La tardiveté des jugements confine au déni de justice**

Du juge les justiciables sont en droit d'attendre qu'il juge vite et bien. Or, si la qualité des décisions de la juridiction administrative est indéniable, y compris en première instance comme le montre la faiblesse du taux d'annulation en appel, leur tardiveté constitue le principal échec de cette justice et la première cause d'insatisfaction des justiciables à son égard.

*1 - Le privilège du préalable aggrave les conséquences de la lenteur du juge administratif*

Les délais de jugement sont particulièrement mal ressentis car non seulement ils laissent en suspens des situations d'incertitude juridique et de conflit, mais surtout ils s'inscrivent dans le contexte des rapports très inégalitaires que l'administration entretient avec les administrés. Celle-ci dispose en effet d'un privilège exorbitant à leur égard, le privilège du préalable en vertu duquel les **décisions administratives sont immédiatement exécutoires même si elles font l'objet d'un recours contentieux qui en révèle finalement l'illégalité.**

On pourrait à l'envi multiplier les exemples des conséquences inadmissibles qu'emporte la lenteur du juge combinée au privilège du préalable. Ainsi tel candidat auquel il a été refusé de s'inscrire à un concours administratif apprendra, longtemps après le déroulement des épreuves, qu'il était en droit de tenter sa chance.

## Rôle de la séance publique des 10è et 8è sous-sections réunies

<b>Date du jugement du Tribunal administratif</b>	<b>Date de la décision attaquée (le cas échéant)</b>	<b>Nature</b>
26 novembre 1985	25 novembre 1983	Permis de construire
15 juin 1988	-	Convention Etat-collectivités locales
28 juin 1989	10 mars 1988	Convention Etat-collectivités locales
19 janvier 1989	7 juillet 1987	Mesure disciplinaire
27 avril 1989	1er août 1985	Permis de construire
3 avril 1990	29 septembre 1989	Sursis à l'exécution Concession
31 juillet 1986	30 janvier 1986	Regroupement familial
31 juillet 1986	21 juillet 1983	Régularisation
-	5 août 1986	Logement de fonctionnaire
7 mai 1987	5 août 1986	Titre de séjour
29 août 1988	4 juin 22 juillet 21 août 1986	Rémunération (fonction publique)
29 août 1988	15 juillet 1987	Rémunération (fonction publique)
6 octobre 1988	14 mai 1987	Licenciement
29 septembre 1988	-	Communication du dossier
24 novembre 1988	7 juillet 1987	Logement de fonctionnaire
16 juin 1989	26 mai 1988	Fonction publique hospitalière
5 juillet 1989 (CAA) 10 janvier 1986 (TA)	-	Fonction publique (indemnités)
2 août 1989	12 mai 1989	Fonctionnaire territorial (position)
6 juin 1991	4 janvier 1991	Logement de fonctionnaire

Ainsi tel agriculteur se verra confirmer que la procédure de remembrement qui l'a privé de sa terre avait été illégalement conduite alors que cette terre, reclassée en zone urbaine, est aujourd'hui construite et ne peut plus lui être rétrocédée : il lui faudra se contenter d'une soulte. Ainsi tel propriétaire aura la maigre consolation d'apprendre que l'autorisation de construire qu'il avait sollicitée lui a été irrégulièrement refusée mais qu'entre la date de ce refus et la décision du juge, les règles de constructibilité ont été modifiées et l'empêchent dorénavant de mettre en œuvre son projet de construction.

Face à de telles situations, on comprend aisément que la célérité du juge chargé de connaître de la légalité des décisions de l'administration se pose avec une particulière acuité, dans des domaines qui touchent à la vie quotidienne des citoyens, comme l'exercice des libertés publiques, l'urbanisme et le droit de la construction, la protection de l'environnement, l'impôt ...

Par sa lenteur, la justice administrative porte indiscutablement atteinte aux droits des administrés et, partant, à l'État de droit.

### *2 - La longueur des délais de jugement encourage l'administration et les politiques à l'irresponsabilité*

Une illégalité non sanctionnée ou sanctionnée avec retard encourage les acteurs de l'action administrative à ne pas respecter l'État de droit.

À trop tarder pour juger, on encourage l'administration et les élus à s'affranchir du respect du droit. En toute impunité, des illégalités peuvent ainsi être commises tandis que le dossier, sans hâte, chemine à travers les différentes étapes de la procédure juridictionnelle.

Enfin annulé, le permis de construire complaisamment accordé en violation des règles d'urbanisme les plus fondamentales aura permis la construction d'un immeuble. Si celui-ci est un ouvrage public, il ne pourra être détruit. S'il s'agit d'un bâtiment privé, il sera difficile au juge d'en ordonner la destruction alors que les propriétaires qui auront régulièrement fait l'acquisition d'un appartement auprès du promoteur se seront d'ores et déjà installés dans les lieux.

Qu'importe pour le ministre ou le fonctionnaire auteur d'un acte administratif illégal que celui-ci soit annulé pour excès de pouvoir, si la décision du juge intervient plusieurs années après l'exécution de l'acte. Entre-temps, le ministre aura été chargé d'autres responsabilités politiques et le fonctionnaire aura été muté dans un autre service, voire une autre administration. La constatation de l'illégalité de l'acte n'emporte aucune sanction, ni politique ni professionnelle.

À quoi bon, dès lors, s'embarrasser du respect des règles de droit si la sanction est tellement lointaine, voire privée de toute autre efficacité que purement pécuniaire, d'autant que l'indemnisation du préjudice causé à l'administration n'est pas supportée par l'auteur de l'acte illégal.

Seule une décision rapide du juge permet de sauvegarder le principe de légalité et de contraindre efficacement l'administration à respecter le droit. Si le contrôle du juge tarde, celle-ci risque de se laisser aller à méconnaître les règles qui encadrent son action et qu'elle peut être tentée de percevoir comme autant de limites à l'efficacité et à la rapidité de son intervention.

### *3 - La lenteur du juge crée l'incertitude juridique*

Dans les réponses qu'elles ont adressées à la Commission, les administrations reprochent très généralement au juge administratif son «*infinie lenteur*». Elles soulignent notamment que les délais moyens de jugement sont particulièrement

longs pour le contentieux de l'urbanisme, *«les décisions intervenant cinq à six ans, voire plus, après l'engagement de la procédure».*

Or, pour nombre d'entre elles, *«tant que la décision n'est pas jugée, il plane un doute légitime qui bien souvent peut faire l'objet d'une exploitation politique».* Plusieurs services chargés de la délivrance des autorisations de construire ont ainsi exprimé leur embarras lorsqu'une incertitude entache la régularité des documents d'urbanisme.

Les administrations se plaignent également que la notification des recours par les greffes intervienne souvent trop longtemps après l'enregistrement de la requête, ce qui les conduit à appliquer, sans le savoir, des actes dont la régularité est contestée.

### **C - La France a été condamnée par la Cour européenne des droits de l'homme en raison de cette lenteur déraisonnable**

La Cour européenne des droits de l'homme a condamné la France à deux reprises pour la lenteur de sa juridiction administrative .

Par un arrêt du 24 octobre 1989, elle a estimé que la requête de M. H. dirigée contre les hospices civils de Strasbourg aux fins d'obtenir des dommages-intérêts pour faute devant la juridiction administrative, n'avait pas été examinée dans un délai raisonnable, en violation de l'article 6-1 de la Convention européenne des droits de l'homme. La Cour a jugé que la durée de la première instance, qui s'est déroulée de juin 1974 à septembre 1978, soit *4 ans 3 mois*, ne pouvait se justifier ni par la complexité de l'affaire, ni par le comportement du requérant. En revanche, elle a estimé que le délai mis par le Conseil d'État pour statuer en appel, -un peu *plus de 3 ans* n'avait pas été *«dans les circonstances de l'espèce»*, en dépit de certaines lenteurs, d'une longueur déraisonnable, un avocat ayant dû être trouvé au titre de l'aide judiciaire, ce qui nécessita *5 mois*.

Au-delà du cas particulier de M. H., la Cour s'est attachée à dénoncer la situation structurelle de la juridiction administrative française. Certes, la notion de *«délai déraisonnable»* est appréciée compte tenu des circonstances de l'espèce et la Cour n'a donc pas posé en règle générale qu'une durée de *4 ans* était déraisonnable. Mais l'arrêt, en disposant que *«le Gouvernement souligne que le rôle du tribunal administratif de Strasbourg se trouvait encombré à l'époque mais qu'il ne fournit aucun élément de nature à établir le caractère conjoncturel de la situation et à montrer que des remèdes ont été adoptés»*, appelle la France à *«prendre les mesures qui s'imposent»*.

Dans un second arrêt du 31 mars 1992, la Cour a une nouvelle fois condamné la France pour ne pas avoir examiné dans un délai raisonnable la requête d'un hémophile atteint du Sida après utilisation de produits sanguins contaminés. Tout en sachant que le tribunal administratif mettrait environ deux ans pour statuer, M. X. avait engagé une action en responsabilité en espérant que son affaire appellerait un traitement d'urgence, le Sida étant apparu au cours du second semestre de 1990 et ses chances de survie étant évaluées entre 16 et 24 mois. Il décéda effectivement en février dernier.

Selon la Cour, l'enjeu de la procédure revêtant une importance extrême pour le requérant, eu égard au *«mal incurable qui le minait et à son espérance de vie réduite»*, *«une diligence exceptionnelle s'imposait en l'occurrence»*. Le tribunal n'ayant pas utilisé ses pouvoirs d'injonction pour presser la marche de l'instance, *«bien qu'averti de la détérioration de l'état de santé de M. X.»*, la Cour a estimé qu'au moment du jugement de décembre 1991, pourtant rendu avec célérité, le délai raisonnable se trouvait déjà dépassé.

Certes, il ne s'agit "que" de deux affaires mais elles sont significatives et doivent inciter la justice administrative à se réformer.

#### **D - Le justiciable se tourne vers le juge civil des référés**

Parce que le juge administratif est trop lent à statuer, les justiciables sont de plus en plus enclins à saisir le juge civil sur le fondement d'une interprétation extensive de la voie de fait.

Les exemples se multiplient :

- un détenu obtient du juge judiciaire qu'il enjoigne aux syndicats du personnel de l'administration pénitentiaire en grève de «prendre toutes mesures appropriées pour rétablir la libre communication des détenus avec leur défenseur» et l'exécution des ordres d'extraction ;

- le licenciement d'un attaché communal en l'absence de toute consultation du conseil de discipline préalablement à une décision de révocation est considéré par la cour d'appel d'Aix-en-Provence comme une voie de fait (1er décembre 1987).

Le juge judiciaire accueille ces demandes avec une bienveillance peu soucieuse des règles de la répartition des compétences entre les deux ordres de juridiction. La notion de voie de fait se banalise et est assimilée par certains tribunaux civils à des actes gravement illégaux. Le Tribunal des conflits s'emploie à réguler cette tendance. Ainsi, il annule la décision du juge civil qui se reconnaît compétent :

- pour inviter l'État "à titre conservatoire et provisoire" à s'abstenir d'expulser vers la Turquie un étranger avant qu'il ne puisse contester devant le juge administratif cette destination (arrêt *Kaçar* du 2 mai 1988) ;

- pour se prononcer sur la mutation d'office d'un inspecteur de police (arrêt *Gaudino* du 4 juillet 1991) ;

- pour connaître d'un litige concernant la répartition entre les banques et la COFACE, du prix de cession de créances décidée par le ministre de l'Économie et des Finances, à la suite d'un accord intergouvernemental (arrêt *COFACE c/ Compagnie financière du CIC et de l'Union européenne et autres* du 2 décembre 1991).

## **II - L'EXÉCUTION DES DÉCISIONS DU JUGE ADMINISTRATIF SE HEURTE À CERTAINS OBSTACLES**

Non seulement la justice administrative est lente mais il arrive parfois que ses décisions ne soient pas exécutées, à moins qu'elles soient mal exécutées ou encore contournées. La responsabilité de cette inexécution ou de cette mauvaise exécution incombe principalement à l'administration alors que celle-ci est censée être au service de la légalité et des citoyens.

### **A - Les cas d'inexécution sont peu nombreux mais ils sont parfois très choquants**

#### *1 - Un volume faible mais en augmentation*

En apparence, le volume des décisions inexécutées est faible puisque le taux d'inexécution, apprécié au regard du nombre des jugements portés devant la Section du rapport et des études du Conseil d'État rapporté au nombre des jugements prononcés par le juge administratif, s'élève à 0,77 %. Le règlement des affaires d'inexécution par la Section, -414 sur 550 demandes recevables en 1990-, permet, après un an, de réduire ce taux à 0,19 %

Cette approche sous-estime toutefois la réalité de l'inexécution dans une proportion qu'il est difficile d'apprécier. Il faudrait en effet rapporter les cas d'inexécution au nombre de cas dans lesquels le juge a donné satisfaction au requérant et y ajouter les décisions pour lesquelles le requérant n'a pas formulé de demande d'exécution devant la Section du rapport et des études ni de demande d'astreinte. On parviendrait ainsi à un taux d'inexécution de l'ordre de 2,5 %.

Sur le long terme, les statistiques disponibles marquent une progression du taux d'inexécution. En 1972, la commission du rapport et des études a été saisie de 26 affaires ; la centaine d'affaires a été atteinte en 1975 et en douze ans, de 1975 à 1987, le nombre de saisines de la Section du rapport et des études a été multiplié par six, pour atteindre 660. Le maximum a été atteint en 1988 avec 976 affaires. À partir de 1989, il s'est stabilisé autour de 830 demandes.

Le stock des affaires non réglées continue toutefois à augmenter. De 1979 à 1991, il a triplé, passant de 239 à 926.

Quant aux demandes d'astreinte, leur nombre s'est stabilisé autour de 68 par an au cours des cinq dernières années. Le délai moyen de jugement des astreintes s'établit actuellement à 557 jours.

Les tableaux reproduits ci-après font apparaître l'évolution des saisines de la Section du rapport et des études, des demandes d'astreinte et d'éclaircissement, et l'issue des demandes d'exécution et d'astreinte.

#### Evolution des saisines de la Section du rapport et des études

	1987	1988	1989	1990	1991
Réclamations (a)	660	976	874	745	830
Affaires réglées	585	748	758	583	860
Affaires en cours	450	678	794	956	926

(a) demandes d'exécution et demandes d'astreinte

#### Demandes d'astreinte

1987	1988	1989	1990	1991
64	184	69	84	71

#### Demandes d'éclaircissement

1987	1988	1989	1990	1991
19	15	17	15	5

## Issue des demandes d'exécution et d'astreinte

Départements ministériels ou personnes morales	Stock au 01.01.91	Affaires courtes	Affaires sorties					Stock au 01.01.91
			Incompétence	Desaisissement après annulation en appel	Epuisement des diligences de la SRE sans aboutissement	Intervention de mesures d'exécution	Renvoi à Sections contentieuses après diligences (astreinte)	
<b>État</b>								
Premier ministre	1	2	-	-	-	3	-	-
Affaires étrangères	4	2	-	-	-	5	-	1
Agriculture	38	19	2	-	1	18	1	35
Anciens combattants	4	4	-	-	-	7	-	1
Commerce et artisanat	-	3	-	-	-	-	-	3
Culture & communication	1	5	-	-	-	3	-	3
Défense	30	116	11	-	-	19	9	107
Économie et finances	61	49	5	-	-	24	10	71
Éducation	276	62	7	3	1	46	16	265
Environnement	17	10	-	-	-	22	-	5
Équipement	32	28	10	-	-	16	1	33
Industrie	2	3	-	-	-	3	-	2
Intérieur et DOM	23	79	19	-	-	31	2	50
Jeunesse et sports	2	1	-	-	-	1	-	2
Justice	2	4	-	-	-	2	-	4
Mér	-	-	-	-	-	-	-	-
PTT	9	8	-	-	-	4	1	12
Rapatriés	-	1	-	-	-	-	-	1
Recherche	-	2	-	-	-	-	-	2
Tourisme	3	-	-	-	-	1	-	2
Affaires sociales	12	11	10	-	-	6	1	6
<b>Autres que l'État</b>								
Communes	159	250	40	4	-	152	17	196
Départements	170	23	3	-	-	149	1	40
Régions	1	-	-	-	-	1	-	-
TOM	1	-	-	-	-	-	-	1
EP de l'état	19	11	1	-	-	19	2	8
EP des communes	62	44	6	2	-	54	15	29
EP des départements	8	26	3	-	-	12	2	17
EP des régions	10	34	8	-	-	13	1	22
Personnes privées	9	1	-	-	-	4	-	6
Divers	-	32	16	-	-	11	3	2
<b>TOTAL I</b>	<b>956</b>	<b>830</b>	<b>141</b>	<b>9</b>	<b>2</b>	<b>626</b>	<b>82</b>	<b>926</b>
<b>TOTAL II</b>	<b>1786</b>					<b>860</b>		
<b>TOTAL III</b>	<b>1786</b>					<b>1786</b>		

Pour l'essentiel, l'inexécution porte sur les domaines de la fonction publique territoriale, -la réintégration du secrétaire de mairie irrégulièrement licencié n'est psychologiquement pas aisée à mettre en œuvre-, l'urbanisme et la communication des documents administratifs. Pour moitié, elle est le fait de collectivités décentralisées.

## 2 - L'exécution de certaines décisions se heurte à des difficultés réelles

L'annulation d'un remembrement rural, d'un concours administratif plusieurs années après l'entrée en fonctions des candidats reçus, l'annulation d'un permis de construire alors que l'ouvrage est achevé posent de réelles difficultés d'exécution qui peuvent se heurter à d'autres règles du droit public, comme l'intangibilité de l'ouvrage public mal planté, ou à l'existence de droits acquis.

Ainsi, s'agissant des agents publics irrégulièrement licenciés, la jurisprudence qui leur était initialement très favorable (arrêt du Conseil d'État du 27 mai 1949, *Véron-Réville*), est devenue beaucoup plus restrictive et l'obligation de les réintégrer ne s'impose plus que dans des cas exceptionnels, tenant à la nature de leurs fonctions, comme celles des magistrats.

Le respect de l'État de droit cède ici le pas à la «bonne marche de l'administration».

### 3 - Une mauvaise appréciation des conséquences à tirer de la décision du juge

L'inexécution peut également résulter d'une mauvaise appréciation, tant par le justiciable que par l'administration, de la portée à donner à la décision juridictionnelle.

Ainsi, le requérant qui a obtenu l'annulation d'un concours administratif peut croire qu'il va occuper le poste convoité, alors que l'annulation a été prononcée sur des motifs formels et ne garantit en rien qu'il aurait été reçu à un concours qu'il lui faut, en tout état de cause, passer, si cela est encore possible.

Dans d'autres cas, l'administration ignore quelles mesures il lui incombe de prendre pour régulariser une situation remise en cause par l'annulation d'une décision intervenue parfois plusieurs années auparavant. Tel est notamment le cas lorsqu'il faut reconstituer la carrière d'un agent.

Trop souvent les décisions d'annulation n'indiquent pas à l'administration la marche à suivre, ce rôle étant laissé à la Section du rapport et des études. Or, les demandes d'éclaircissement sont de moins en moins nombreuses, comme on l'a vu.

### 4 - La négligence de l'administration

Le Conseil d'État, dans son dernier rapport, relève par ailleurs que la «négligence» des administrations dans la gestion du contentieux est trop souvent à l'origine de difficultés réelles d'exécution. En effet, «de trop nombreuses collectivités publiques laissent annuler une de leurs décisions ou se laissent condamner à verser une indemnité, sans même avoir produit devant le juge ou en ayant produit de façon notoirement insuffisante. L'exemple le plus caricatural des conséquences de cette attitude est le cas de l'annulation par le juge administratif du refus implicite de communiquer un document administratif qui n'a jamais existé».

La négligence peut également concerner l'appel. Soit l'administration omet de faire appel d'un jugement qu'elle serait pourtant fondée à attaquer, soit la lourdeur de transmission entre services extérieurs et administrations centrales entraîne des forclusions.

Autre exemple de négligence, l'administration, dûment convoquée aux opérations d'expertises destinées à établir le montant du préjudice subi par le requérant, ne se présente pas. Une telle situation est à la limite de la mauvaise volonté.

### 5 - L'exception : une mauvaise volonté

La mauvaise volonté peut être le fait d'élus locaux comme de responsables de l'État.

Parmi les "épinglés", chaque année, le Conseil d'État dénonce la «désinvolture» de certains élus locaux qui n'hésitent pas à reprendre plusieurs fois la même décision ou une décision proche afin de priver d'effet un jugement de tribunal administratif.

Est ainsi évoqué, dans le rapport d'activité de 1991, le cas d'un permis de construire portant sur 52 logements, annulé par le tribunal administratif le 18 octobre 1990 pour violation du plan d'occupation des sols, délivré à nouveau le 23 octobre 1990, soit cinq jours après la lecture du jugement, annulé une nouvelle fois le 22 mai 1991, toujours pour violation du P.O.S., délivré une troisième fois le 2 juillet 1991, soit un mois et demi après la lecture du jugement, et annulé une fois encore pour violation des mêmes dispositions, le 19 décembre 1991.

Dans le même registre, le Conseil d'État mentionne également les trois décisions successives de licenciement d'une employée communale faisant suite à trois décisions d'annulation assorties d'une obligation de réintégration. Aujourd'hui l'intéressée a été réintégrée dans un poste qui ne correspond pas à celui qu'elle occupait antérieurement ; cette nouvelle décision est, bien entendu, à son tour contestée devant le tribunal administratif.

De l'aveu même du Conseil d'État, de telles pratiques se retrouvent également en cas d'annulation de délibérations de jury d'examen, d'autorisations ou de refus d'ouverture de pharmacie.

Dans des cas comme ceux-là, heureusement exceptionnels, le Conseil d'État parle de "*désinvolture*" C'est bien le moins ! Il s'agit de véritables dénis de justice.

Encore plus récemment, on peut dénoncer le refus persistant de l'État de verser aux établissements d'enseignement privé le forfait d'externat auquel la loi leur donne droit. Le 13 mars 1987, le Conseil d'État a annulé l'arrêté fixant le montant du forfait pour l'année 1982-1983. Loin d'exécuter cette décision, le ministre de l'Éducation nationale a repris 6 nouveaux arrêtés pour les 6 années scolaires suivantes qui, à leur tour, fixaient un montant insuffisant. Le Conseil d'État a annulé ces 6 arrêtés le 12 avril 1991. Le 16 janvier 1992, le ministre a pris un nouvel arrêté pour les années scolaires 1982 à 1989. Cet arrêté a été déféré devant le juge administratif mais pour prévenir toute nouvelle annulation, le Gouvernement n'a pas hésité à insérer une disposition dans un projet de loi déposé à l'Assemblée nationale pour faire, en quelque sorte, valider par avance ce nouvel arrêté dont il connaît l'illégalité.

### L'administration face à l'inexécution des jugements

La Commission a interrogé les collectivités locales et certaines entreprises nationales sur l'inexécution de la chose jugée.

D'après les réponses obtenues, apparemment la question de l'exécution des décisions de justice ne pose aucun problème pour 5 ministères et secrétariats d'État, 2 entreprises publiques, 4 conseils régionaux et 15 conseils généraux -soit le tiers des collectivités.

Cependant, 8 ministères et secrétariats d'État, 1 entreprise publique, 1 conseil régional et 5 conseils généraux font état de certaines «difficultés».

Ces difficultés peuvent selon eux provenir du juge : sa lenteur rend la décision «inopérante», la «mauvaise rédaction des jugements», l'absence d'injonction et de jugement déclaratif de droit sont également dénoncées. Ces carences du juge semblent expliquer pour une large part l'inexécution du contentieux du personnel qui est le contentieux le plus fréquent des administrations et des entreprises publiques.

En matière indemnitaires, «d'inversion possible (en appel) de la décision risquant d'engendrer des difficultés de recouvrement des sommes versées», l'administration adresse au juge une demande de sursis à exécution. D'une manière plus générale, il semble que les décisions de plein contentieux favorables à l'administration constituent un cas récurrent d'inexécution.

Certaines difficultés ponctuelles d'exécution, cette fois du fait des administrations, se résolvent après une demande d'avis à la Section du rapport et des études du Conseil d'État ou «une entrevue avec les services de la paierie générale du Trésor».

Par ailleurs, «l'extrême lourdeur des procédures comptables est également une source de retard dans l'exécution des jugements (par l'administration), souvent mal comprise par les interlocuteurs».

.../...

Plus gravement, il arrive enfin que l'exécution d'une décision de justice se heurte à l'inertie de l'administration -ainsi en matière de remembrement, la commission départementale d'aménagement foncier (1)

Il arrive même que l'exécution d'une décision de justice, -par exemple en matière de construction sans permis-, soit subordonnée à une décision d'opportunité de la part du préfet, en fonction d'éventuels troubles à l'ordre public.

## **B - L'inexécution des décisions juridictionnelles porte atteinte à l'État de droit**

Ainsi que l'écrit très justement le Conseil d'État dans son dernier rapport d'activité, *«les retards, refus ou insuffisances dans l'exécution de la chose jugée ne peuvent que dévaloriser la notion même d'État de droit»*.

Le Gouvernement rappelle d'ailleurs périodiquement, par circulaire, le respect nécessaire de l'autorité de la chose jugée. Ces dernières années, trois circulaires adressées soit aux préfets (23 juin 1987 et 16 octobre 1989), soit aux ministres (13 octobre 1988), ont ainsi souligné que *«le respect des décisions de justice est une exigence fondamentale de la démocratie»* et *«fait partie intégrante du respect de l'État de droit»*. Et d'ajouter : *«Cette exigence s'impose avec une force particulière s'agissant de la justice administrative. Celle-ci connaît en effet des litiges opposant citoyens et collectivités publiques et se trouve ainsi amenée, le cas échéant, à censurer des irrégularités ou des abus de pouvoir auxquels l'opinion est légitimement sensible»*.

Ces textes, quelque peu incantatoires dans leur forme, mettent justement l'accent sur le fait que l'inexécution des décisions du juge administratif est intolérable pour les justiciables. Elle entache en effet de suspicion l'activité de l'ensemble de la justice administrative et affecte sa crédibilité. Elle risque de conforter dans leur sentiment ceux qui estimerait que le juge administratif, trop compréhensif vis-à-vis de l'administration, n'est pas vraiment un juge.

(1) Ainsi, dans une affaire de remembrement foncier présentée, à titre d'exemple, à la Commission, alors que le tribunal administratif avait annulé le 8 octobre 1981 une décision de la commission départementale de réorganisation foncière et de remembrement du 12 novembre 1979, celle-ci a pris une nouvelle décision le 16 janvier 1991 en méconnaissance de cette annulation qui a fait l'objet d'un nouveau recours, et d'une annulation par le tribunal administratif ... le 9 juin 1992.

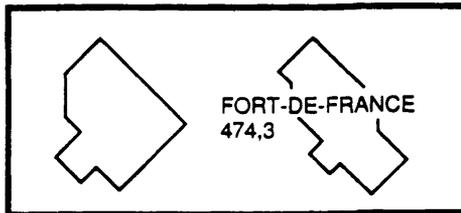
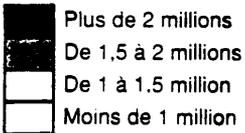
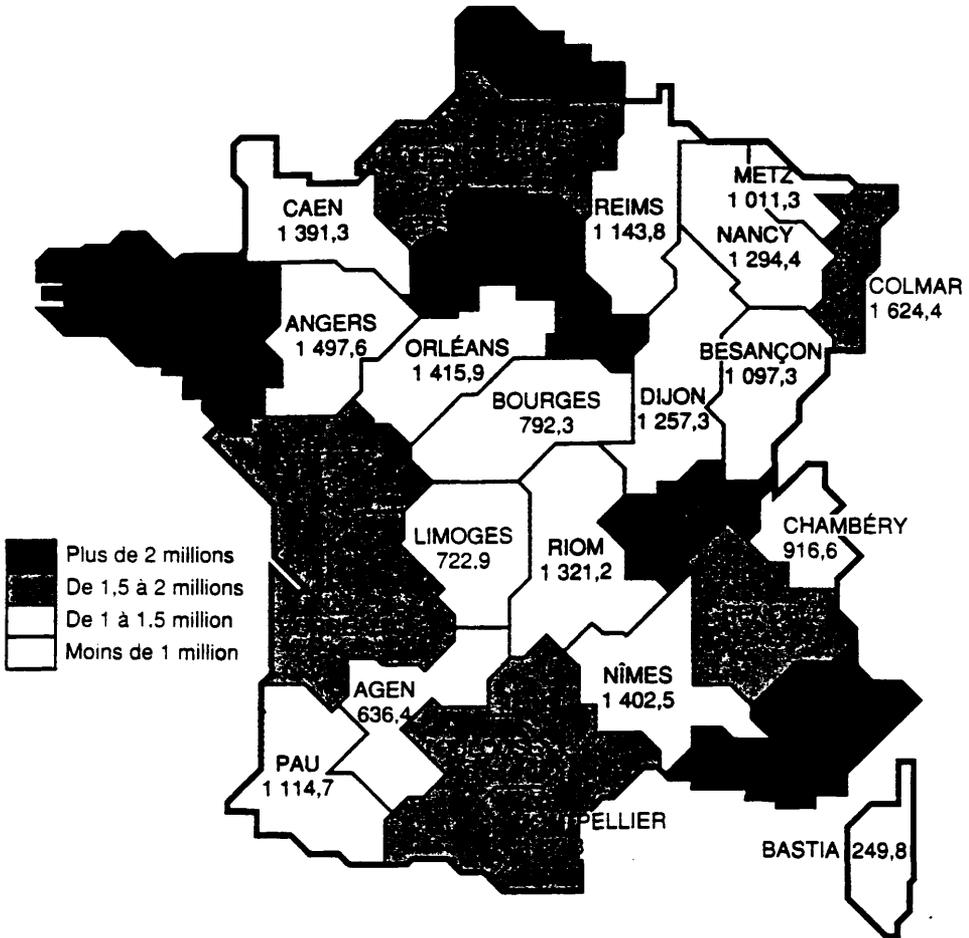
Ministère de la Justice

**LES CHIFFRES CLÉS DE LA JUSTICE**  
Octobre 1992

**Population totale par cour d'appel**

France entière : 58 073,6

Au 5 mars 1990 (en milliers)



Source : INSEE (Recensement de la population 1990)

# ACTIVITÉ JUDICIAIRE 1991

## Décisions rendues en 1991

Unité : nombre

<b>ENSEMBLE DES DÉCISIONS RENDUES EN MATIÈRE CIVILE * (p)</b>	<b>1 745 100</b>
<b>Droit commun</b>	<b>1 166 712</b>
Cour de cassation	18 427
Cours d'appel	165 915
Tribunaux de grande instance	458 972
Tribunaux d'instance	523 398
<b>Juridictions spécialisées</b>	<b>578 388</b>
Tribunaux pour enfants	95 099
Tribunaux de commerce **	233 304
Tribunaux des affaires de sécurité sociale (p)	102 000
Conseils de prud'hommes	147 985
Référés tribunaux d'instance	92 350
Référés conseils de prud'hommes	42 906
Référés tribunaux de commerce ***	ND
Référés tribunaux de grande instance ***	ND
<b>ENSEMBLE DES DÉCISIONS RENDUES EN MATIÈRE PÉNALE</b>	<b>11 507 722</b>
<b>Droit commun</b>	<b>11 457 322</b>
Cour de cassation	7 717
Cours d'appel	43 434
Cours d'assises	2 078
Tribunaux correctionnels	458 767
Tribunaux de police	10 945 326
<i>dont amendes forfaitaires majorées</i>	<i>9 222 685</i>
<i>ordonnances pénales</i>	<i>1 203 062</i>
<b>Juridictions spécialisées</b>	<b>50 400</b>
Juges et tribunaux pour enfants	50 400

\* procédures au fond

\*\* donnée 1990

\*\*\* donnée non disponible au 01-10-92

(p) donnée provisoire

# LA JUSTICE CIVILE EN 1991\*

## Affaires introduites en 1991

Unité : nombre

<b>Ensemble</b>	<b>1 365 018</b>
Cours d'appel	168 565
Tribunaux de grande instance	486 492
Tribunaux d'instance**	553 634
Conseils de prud'hommes	156 327

Nature d'affaire	Cours d'appel		Tribunaux de grande instance		Tribunaux d'instance**		Conseils de prud'hommes	
	Nombre	%	Nombre	%	Nombre	%	Nombre	%
<b>Ensemble</b>	<b>168 565</b>	<b>100,0</b>	<b>486 492</b>	<b>100,0</b>	<b>553 634</b>	<b>100,0</b>	<b>156 327</b>	<b>100,0</b>
Droit des personnes	850	0,6	8 594	1,8	81 128	14,7	-	-
Droit de la famille	26 164	15,5	279 053	57,4	33 814	6,1	-	-
Droit des affaires	22 373	13,3	36 798	7,6	35 849	6,5	-	-
Droit des (quasi) contrats	54 862	32,4	87 104	17,9	300 591	54,3	-	-
Droit de la responsabilité	7 645	4,5	22 844	4,7	14 643	2,6	-	-
Biens	6 355	3,8	13 383	2,7	21 167	3,8	-	-
Relations du travail et protection sociale	35 273	20,9	5 880	1,2	32 932	5,9	134 499	86,0
Autre et non déterminée	15 043	8,9	32 836	6,7	33 510	6,1	21 828	14,0

## Affaires en cours au 31 décembre 1991

Unité : nombre

<b>Ensemble</b>	<b>1 003 961</b>
Cours d'appel	198 516
Tribunaux de grande instance	412 811
Tribunaux d'instance**	268 359
Conseils de prud'hommes	124 275

\* ne figurent dans ces statistiques que les affaires portées au répertoire général civil, procédures au fond  
 \*\* service civil, tutelles majeurs et mineurs ( hors ouvertures de plein droit), contentieux électoral professionnel

## Durée moyenne de règlement des affaires terminées

Année 1991

Unité : mois

Cours d'appel	14,0
Tribunaux de grande instance	9,3
Tribunaux d'instance	4,4
Conseils de prud'hommes	9,4

## Quelques indicateurs en 1991

103 006	divorces prononcés (p)
51 171	demandes liées à l'après-divorce (autorité parentale, pension alimentaire, droit de visite...) (p)
53 214	demandes d'ouverture d'un régime de protection majeurs
19 360	demandes de redressement judiciaire civil devant le tribunal d'instance (surendettement des familles et des particuliers) **
ND	ouverture de redressement judiciaire **
ND	liquidations judiciaires **
ND	plans **
ND *	demandes en paiement (créances impayées) **
23 187	demandes liées au contentieux de la construction
260 724	admissions définitives à l'aide judiciaire

\* procédures au fond, procédures de réfères et injonctions de payer devant les tribunaux d'instance, procédures au fond devant les tribunaux de grande instance

\*\* donnée non disponible au 01-10-92

(p) donnée provisoire

# LA JUSTICE PÉNALE

## Activité du parquet en 1991

Crimes, délits et contraventions de 5<sup>e</sup> classe

Unités : nombre, pourcentage

Procès-verbaux reçus *	5 431 477
<i>dont auteur inconnu</i>	44,6 %
Procès-verbaux classés sans suite	3 884 857
Affaires poursuivies	667 600
<i>devant le tribunal correctionnel</i>	427 017
<i>devant le tribunal de police</i>	144 745
<i>saisine du juge d'instruction</i>	51 937
<i>saisine du juge des enfants</i>	43 901

\* dont 651 663 affaires de chèques

Source: cadres du parquet

## Modes de saisine du tribunal correctionnel en 1991

Décisions rendues	Nombre	Pourcentage
Ensemble	458 767	100,0
Citation directe ou comparution volontaire	283 369	61,8
Convocation sur procès-verbal du procureur de la République ou de l'OPJ	99 210	21,6
Comparution immédiate	40 888	8,9
Renvoi du juge d'instruction	35 008	7,6
Renvoi de la chambre d'accusation	292	0,1

Source : cadres du parquet

## Activité des juges d'instruction en 1991

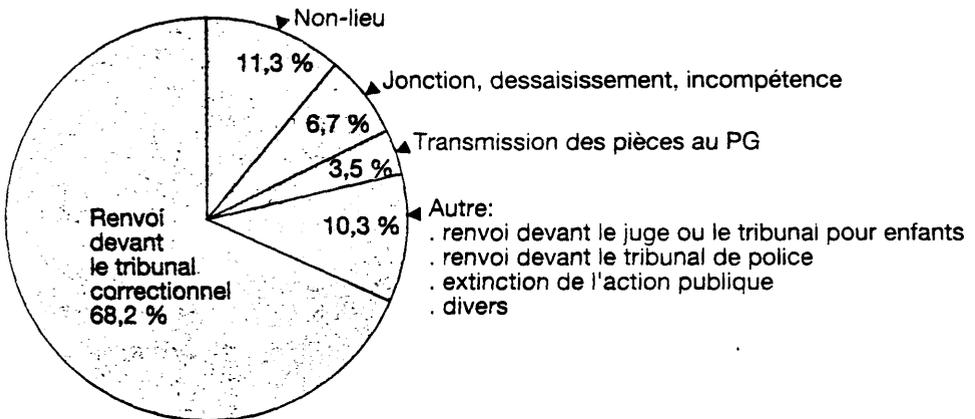
### Affaires nouvelles en 1991

	<i>Unité : nombre</i>
Ensemble	52 369
Crimes	5 921
Délits	45 554
Contraventions	109
Recherche des causes de la mort	785

### Affaires terminées en 1991

	<i>Unités : nombre, pourcentage</i>
Affaires	49 224
<i>dont sans inculpé</i>	18,7 %
Inculpés	72 412
Contrôles judiciaires	19 355
Mandats de dépôt	28 273

### Orientation des inculpés (affaires terminées en 1991)



### Durée moyenne de l'instruction en 1991

	<i>Unité : mois</i>
Ensemble des affaires	12,0
<i>dont crimes</i>	14,1
<i>délits</i>	11,8

Source : répertoire de l'instruction

## Condamnations inscrites au casier judiciaire

Les données présentées ci-après sont des données estimées concernant les condamnations prononcées en 1990 et inscrites au casier judiciaire national. Elles peuvent être légèrement différentes des données définitives qui seront disponibles fin 1992 lorsque la collecte sera devenue exhaustive.

Unité : nombre

Condamnations 1990	Ensemble	Majeurs	Mineurs
<b>Ensemble</b>	<b>583 246</b>	<b>545 591</b>	<b>37 655</b>
Crimes	2 608	2 470	138
Délits	472 081	436 812	35 269
Contraventions de 5 <sup>e</sup> classe	108 557	106 309	2 248

### Répartition des condamnations prononcées en 1990 selon l'âge ou le sexe ou la nationalité du condamné

	Nombre	Pourcentage
<b>Ensemble</b>	<b>583 246</b>	<b>100,0</b>
Répartition selon l'âge		
Moins de 18 ans	37 655	6,5
De 18 ans à moins de 25 ans	183 235	31,4
De 25 ans à moins de 40 ans	240 874	41,3
De 40 ans à moins de 60 ans	108 468	18,6
60 ans et plus	13 014	2,2
Répartition selon le sexe		
Hommes	510 619	87,5
Femmes	72 627	12,5
Répartition selon la nationalité		
Français	463 294	79,4
Étrangers	81 020	13,9
Nationalité non déclarée et apatrides	38 932	6,7

## Peines prononcées à titre principal en 1990

Unités : nombre, mois, franc

Nature de la peine	Effectif	Quantum moyen ferme
<b>Ensemble</b>	<b>572 371</b>	
Réclusion criminelle	1 869	99,0 mois*
<i>dont à perpétuité</i>	86	
Peines d'emprisonnement	315 590	7,0 mois
<i>dont avec sursis total</i>	210 883	-
Peines d'amende	194 666	2 620 F
Peines de substitution	37 948	
<i>dont suspension du permis de conduire</i>	16 680	
Mesures éducatives	22 298	
<i>dont admonestations</i>	15 301	
Condamnations avec détention provisoire	45 441	4,5 mois
<i>dont crimes</i>	2 417	22,7 mois
<i>délits</i>	42 981	3,5 mois

\* hors réclusion criminelle à perpétuité

## Répartition des condamnations prononcées en 1990 selon la nature de l'infraction et le type de juridiction

Unité : nombre

	Ensemble	<i>dont</i>		
		Cour d'assises majeurs	Tribunal correctionnel	Tribunal de police
<b>Ensemble</b>	<b>583 246</b>	<b>2 582</b>	<b>414 165</b>	<b>105 428</b>
Infractions contre les personnes	100 187	1 506	53 716	34 400
<i>dont homicides volontaires</i>	625	575	-	-
<i>viols</i>	735	669	-	-
<i>coups et violences volontaires</i>	39 175	285	21 407	12 150
<i>coups et violences involontaires</i>	40 213	4	15 762	22 158
<i>(par conducteur)</i>	(39 870)	(-)	(15 101)	(21 597)
Infractions contre les biens	169 127	918	131 296	86
<i>dont vols, recels et destructions</i>	140 969	917	107 290	-
Infractions contre l'économie	63 711	3	52 108	9 872
<i>dont chèques</i>	40 626	-	39 816	-
<i>travail clandestin</i>	2 986	-	2 770	-
Infractions contre la circulation routière	157 646	1	110 402	40 595
<i>dont défaut d'assurance</i>	31 754	-	552	30 620
<i>conduite en état alcoolique</i>	94 420	-	90 650	-
Autres infractions	92 575	154	66 643	20 475
<i>dont acquisit., trafic et usage de stup.</i>	20 326	-	17 439	-
<i>séjour irrégulier des étrangers</i>	9 822	-	8 860	-

# L'ADMINISTRATION PÉNITENTIAIRE

179 établissements pénitentiaires représentant 44 560 places.

(au 1<sup>er</sup> juillet 1992)

Unité : nombre

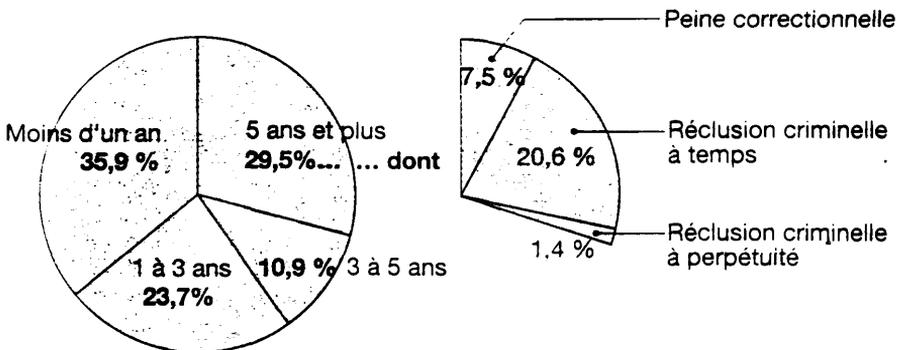
Maisons d'arrêt	118
Etablissements pour peines	50
Centres de semi-liberté	11

54 496 détenus au 1er juillet 1992.

Unité : pourcentage

Statut	Prévenus	39,4
	Condamnés	60,6
Sexe	Hommes	95,6
	Femmes	4,4
Age	Moins de 18 ans	1,2
	18 à 25 ans	29,6
	25 à 40 ans	51,7
	40 à 60 ans	16,5
	Plus de 60 ans	1,0
Nationalité	Français	70,8
	Étrangers	29,2

Répartition des condamnés selon la peine



En 1991            91 155 entrants en prison  
                       90 062 sortants de prison.

107 376 personnes prises en charge par le milieu ouvert au 1er janvier 1992

### Mesures en cours au 1<sup>er</sup> janvier 1992

	Nombre	Pourcentage
Ensemble	119 129	100,0
Mise à l'épreuve	98 066	82,3
Libération conditionnelle	5 147	4,3
Travail d'intérêt général	11 289	9,5
Autres mesures	4 627	3,9

## LE MILIEU OUVERT

Le milieu ouvert suit les condamnés à une peine s'exécutant en milieu libre. Ils sont soumis à diverses obligations sous le contrôle du juge de l'application des peines assisté d'un comité de probation et d'assistance aux libérés.

On distingue principalement :

- les **probationnaires** qui sont des condamnés dont la condamnation est assortie d'un sursis avec mise à l'épreuve,
- les **libérés conditionnels** qui sont des condamnés dispensés de subir le surplus de la peine privative de liberté en raison des gages sérieux de réadaptation sociale qu'ils présentent,
- les **condamnés à un travail d'intérêt général (TIG)** qui accomplissent, au profit d'une collectivité publique, d'un établissement public ou d'une association, un travail non rémunéré d'une durée de 40 à 240 heures.

**TABLES GÉNÉRALES**  
**DE L'ANNÉE 1992**

## TABLE ANALYTIQUE DES MATIÈRES

- Roberto L. ANDORNO, Procréation artificielle, personnes et choses..	13
- Patrick GAÏA, Commentaire de la décision du Conseil constitutionnel n° 91-294 du 25 juillet 1991 : Loi autorisant l'approbation de la Convention d'application de l'accord de Schengen .....	25
- Jean-Paul PASTOREL, Quelques réflexions à propos d'une récente décision du Conseil constitutionnel sur le statut de la Corse.....	55
- André ROUX, Normes nationales et normes locales dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel.....	73
- Olivier LALIGANT, Des œuvres aux marches du droit d'auteur : les œuvres de l'esprit perceptibles par l'odorat, le goût et le toucher.....	99
- Norbert ROULAND, Les utilisations de la notion de droits de l'Homme dans le nouvel ordre international.....	131
- Étienne LE ROY, Les fondements anthropologiques des droits de l'Homme. Crise de l'universalisme et post-modernité.....	139
- M'Hamed EL HATIMI, Qu'est-ce que la méthodologie juridique ? (Esquisse de quelques points de repères en méthodologie juridique au Maroc) .....	163
- Anne ENSMINGER, Auto-signaux, la norme baladeuse : avertisseurs optico-acoustiques et plaques d'immatriculation.....	177
- P. John KOZYRIS, Recourse to the Objectives of the Law and the Role of Equity in the New International Law of Maritime Boundaries (Abstract of paper in the form of an essay).....	257
- Erk Volkmar HEYEN, Administration communale et science du droit administratif en France et en Allemagne (1871-1914) .....	267
- Antoine LECA, Les droits du peuple dans les "Franco-Gallia" de F. Hotman (1573-1600) .....	277
- V.S. NERSESIANTS, Dans la voie vers le droit : du socialisme au postsocialisme.....	293
- V.S. NERSESIANTS, Le droit comme mathématiques de la liberté.....	305
- Jean-Pierre BRUN, La procédure pénale : dépasser le dilemme accusatoire - inquisitoire.....	339
- Tanguy BARTHOUIL, Essai sur la notion de pouvoir discrétionnaire des juges du fond en droit privé.....	343
- Jean-Pierre FERRAND, L'exercice par un contribuable communal des actions appartenant à la commune (à propos du décret n° 92-190 du 26 février 1992) .....	397
- Maurice-Pierre ROY, La Guinée à l'aube de l'État de droit. La loi fondamentale du 31 décembre 1990.....	411
- Mélina DOUCHY, La notion de non-droit.....	433
- Christiane PEYRON-BONJAN, Philosophie de la formation et vie de la Cité. Prolégomènes à la didactique.....	479
- Christiane PEYRON-BONJAN, Leçons modernes de la période sophistique .....	489
- Marc PENA, Les origines historiques de l'article 6 du Code civil .....	499
- Antoine LECA, Les limites aux droits du Roi d'après les "Sermons..." du Père J. Boucher (1er - 9 août 1593).....	521

- Alain BOYER, Les mises en demeure de l'article 42 de la loi relative à la liberté de communication : mesures préparatoires, mesures préalables, sanctions administratives ? (Note sous Conseil d'État, 20 mars 1991).....	539
- Lakhdar BOUMAZA, Le contentieux de la responsabilité administrative dans le cadre de l'accomplissement des obligations militaires d'un appelé du contingent : le cas d'un suicide (Note sous Cour administrative d'appel de Lyon, 17 octobre 1990).....	549
- Maurice-Pierre ROY, Le Bénin, un modèle de sortie de dictature et de transition démocratique en Afrique Noire.....	585
- Pierre BRUNET, À travers les débats parlementaires : le concept de souveraineté entre différences et répétitions.....	605
- Tanguy BARTHOUIL, Essai sur la notion de pouvoir discrétionnaire des juges du fond en droit privé (suite et fin).....	619
- Éric OLIVA, Contribution à l'étude du domaine : les biens départemento-domaniaux.....	655
- Norbert ROULAND, Les dimensions culturelles de la parenté.....	677
- Anne ENSMINGER, Jules Renard familiographe : <i>Poil de Carotte</i> , ou de la puissance maternelle.....	695
- Alphonse SOUMBOU, La politique criminelle congolaise : un cas de droit mixte.....	743
- Mustafa FREIJ, Bilan de la jurisprudence ivoirienne relative au droit applicable aux formes du mariage.....	767
- Pascale ALLOKE, La remise en cause du concept de droit commun au quotidien par le processus de règlement des conflits à Niamey (Niger).....	787
- Marc PENA, Jansénisme et Code civil.....	817
- Louis FAVOREU, La préparation de la thèse dans le cadre d'un "Laboratoire de Recherche Juridique" L'expérience aixoise du Groupe d'études et de recherches sur la justice constitutionnelle.....	835
- Antoine LECA, Essai sur les origines du costume des docteurs agrégés des Facultés de Droit.....	845
- Claude ROY-LOUSTAUNAU, Le double visage de la requalification du contrat dans le contrat de travail à durée déterminée : requalification-interprétation et requalification-sanction.....	861
- Alain BOYER, Le film, la coupure et le juge (Note sous Conseil d'État, 26 juillet 1991, SA La Cinq c/CSA).....	873
- A. ROMEU-POBLET, Recherche de définitions de la réalisation du droit.....	903
- Jean-Paul DELVILLE, L'incidence de la règle morale dans la réalisation du droit.....	913
- Emmanuel PUTMAN, Le "syncrétisme" dans la réalisation du droit d'après Henri Motulsky.....	953
- Jacques HÉRON, Éléments de typologie des jugements à partir de l'idée de réalisation du droit.....	961
- Jean-Louis BERGEL, Analyse macrojuridique des modes de réalisation du droit.....	971

# TABLE ALPHABÉTIQUE DES MATIÈRES

(LES CHIFFRES RENVOIENT AUX PAGES)

- ACCORD DE SCHENGEN, 25  
Anthropologie, 131, 139, 677, 695  
Audiovisuel, 539, 873  
Bail d'immeubles, 1061  
BÉNIN, 585  
Bonnes mœurs, 499  
BOUCHER J., 521  
Code civil, 499, 817  
Code de la Route, 177  
Communes, 267, 397  
CONGO, 743  
Conseil Constitutionnel, 25, 55, 73  
Contrat de travail, 861  
Contrat, 499  
Contribuable, 397  
CORSE, 55  
Costume, 845  
CÔTE D'IVOIRE, 767  
Définition du droit, 903  
DIP, 767  
Docteurs agrégés, 845  
Droit administratif, 267, 539, 549, 655  
Droit comparé, 163, 411, 585, 743,  
767, 787  
Droit Constitutionnel, 277, 411, 521,  
585, 605  
Droit d'auteur, 99  
Droit judiciaire privé, 343, 619  
Droits de l'Homme, 131, 139  
GUINÉE, 411  
Histoire du droit, 277, 499, 572, 817  
HOTMAN F., 277  
Idées politiques, 479, 489  
Jugements, 961  
Justice, 1097  
Liquidation judiciaire, 1081  
Loi Méhaignerie, 1075  
Louage, 1061  
Loyer, 1061  
Mariage, 767  
MAROC, 163  
Méthodologie, 163, 257, 835  
NIGER, 787  
Normes, 73  
Œuvre cinématographique, 873  
Œuvres de l'esprit, 99  
Ordre public, 499  
Philosophie du droit, 433  
Politique criminelle, 743  
Procédure pénale, 339  
Procédures collectives, 1081  
Procréation artificielle, 13  
Propriété littéraire et artistique, 99  
Réalisation du droit, 895  
Redressement judiciaire, 1081  
Règle morale, 913  
Science politique, 605  
Socialisme, 293  
Sociologie du droit, 177  
Souveraineté, 605  
Théorie juridique, 293  
Thèse, 835

## TABLE ANALYTIQUE DES AUTEURS

ALLOKE Pascale, 787  
ANDORNO Roberto L., 13  
BARTHOUIL Tanguy, 343 ; 619  
BERGEL Jean-Louis, 971  
BEROUJON Christiane, 1061 ; 1067  
BOUMAZA Lakhdar, 549  
BOYER Alain, 539 ; 873  
BRUN Jean-Pierre, 309  
BRUNET Pierre, 605  
BRUXELLES Sylvie, 1067  
DEBBASCH Charles, 333  
DELVILLE Jean-Paul, 913  
DOUCHY Mélina, 433  
EL HATIMI M'Hamed, 163  
ENSMINGER Anne, 177 ; 695  
FAVOREU Louis, 835  
FERRAND Jean-Pierre, 397  
FREIJ Mustafa, 767  
GAÏA Patrick, 25  
HAEHL Jean-Philippe, 1081 ; 1089  
HAENEL Hubert, 1097 ; 1111  
HAMON Annie, 1081 ; 1089  
HÉRON Jacques, 961  
HEYEN Erk Volkmar, 267  
KOZYRIS P. John, 257  
LALIGANT Olivier, 99  
LE ROY Étienne, 139  
LECA Antoine, 277, 521 ; 845  
MASSON Catherine, 1075  
MUNOZ-PEREZ Brigitte, 1061 ; 1067 ; 1075 ; 1081 ; 1089  
NERSESIANTS V.S., 293 ; 305  
OLIVA Éric, 655  
PASTOREL Jean-Paul, 55  
PENA Marc, 499 ; 817  
PEYRON-BONJAN Christiane, 479 ; 489  
PUTMAN Emma, 953  
ROMEUP-POBLET A., 903  
ROULAND Norbert, 131 ; 655  
ROUX André, 73  
ROY Maurice, 411 ; 585  
ROY-LOUSTAUNAU Claude, 861  
SOUMBOU Alphonse, 743



---

DÉPÔT LÉGAL 1er Trimestre 1993



- *Derniers ouvrages parus :*

Guillaume CHAMPY :

**La fraude informatique**

Préface G. Di Marino

Tomes I et II, 820 pages - Prix : 220 F

Jean-Jacques ALEXANDRE :

**La prestation de conseil juridique en droit français**

Préface de R. Bout

Tomes I et II, 842 pages - Prix : 230 F

**Droit pénal européen des mineurs**

Colloque Aix-en-Provence 1991

260 pages - Prix : 200 F

**Prévention de la criminalité en milieu urbain**

XVIII<sup>e</sup> Congrès de l'Association Française de Criminologie  
Aix-en-Provence 1992

270 pages - Prix : 230 F

**L'Europe des professions**

Colloque du Centre d'Études des relations sociales internationales  
avec le concours de la Commission des Communautés européennes  
Aix-en-Provence 1992

168 pages - Prix : 115 F

C. ATIAS :

**Science des légistes, savoir des juristes**

3<sup>e</sup> Édition 1993

148 pages - Prix : 120 F

**État et pouvoir - L'idée européenne**

Actes du Colloque de Toulouse (1991) de l'Association française  
des historiens des idées politiques

352 pages - Prix : 250 F

## TABLE DES MATIÈRES

PROPOS, par Jean-Louis BERGEL

### RÉFLEXIONS

J.-POBLET, *Recherche de définitions de la réalisation du droit*

DELVILLE, *L'incidence de la règle morale dans la réalisation du droit*

PUTMAN, *Le « syncrétisme » dans la réalisation du droit d'après  
Lulsky.*

ÉRON, *Éléments de typologie des jugements à partir de l'idée de  
du droit.*

BERGEL, *Analyse macrojuridique des modes de réalisation du droit*

### MORCEAUX CHOISIS

TERRÉ, *Introduction générale au droit*, Dalloz, 1991.

CARBONNIER, *Droit Civil - Introduction*, 21<sup>e</sup> édition 1992,  
in Thémis, P.U.F.

DU PASQUIER, *Introduction à la théorie générale et à la philo-  
sophie du droit*, 6<sup>ème</sup> édition 1988, Éditions Delachaux et Niestlé.

TULSKY, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé.  
Éléments des éléments générateurs des droits subjectifs*, Sirey 1948,  
1991.

GHÉSTIN et Gilles GOUBEAUX, *Traité de droit civil, Introduc-  
tion générale*, 3<sup>ème</sup> édition 1990, L.G.D.J.

François PERRIN, *Pour une théorie de la connaissance juridique*,  
1991.

CARBONNIER, *Flexible droit, pour une sociologie du droit sans  
dogme*, 7<sup>ème</sup> édition 1992, L.G.D.J.

### DOCUMENTS

Reponses des services du Ministère de la Justice sur l'application  
de la loi par les Cours et Tribunaux.

Reponses sur le contentieux locatif, INFOSTAT JUSTICE.

Reponses sur les procédures collectives, INFOSTAT JUSTICE.

Reponses à des questions de la justice.

Reponses du rapport du Sénat n° 357 par M. Haenel

Reponses du rapport du Sénat n° 400 par M. Haenel.

Reponses des « Les chiffres clés de la Justice »

Reponses de la Justice, octobre 1992.

Reponses de l'année 1992.