

GP 29/1421/6/3  
P.A

*Revue de la Recherche Juridique*

# DROIT PROSPECTIF



Publiée avec le concours de

L'U.E.R. DE RECHERCHES JURIDIQUES  
DE L'UNIVERSITÉ D'AIX-MARSEILLE III

# 1981

*\* La seule découverte digne de l'homme est celle qui construit l'Avenir \**  
Pierre TEILHARD DE CHARDIN

QUELQUES CONSEILS POUR COMMENCER  
UNE RECHERCHE DE DOCTORAT

M. C. POLAK :  
LA LEGISLATION JAPONAISE RELATIVE AUX DROITS D'AUTEUR.

GP 29  
N° VI-9

UNIVERSITE AIX-MARSEILLE 3 - CODE PERIODIQUE



150023260

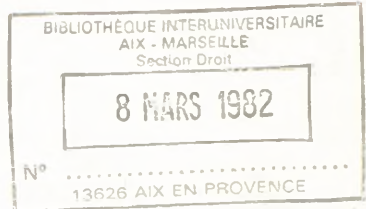
1981

50 Francs

GP 29/1421/6/3  
P.A.

*Revue de la Recherche Juridique*

# DROIT PROSPECTIF



Publiée avec le concours de

L'U.E.R. DE RECHERCHES JURIDIQUES  
DE L'UNIVERSITE D'AIX-MARSEILLE III

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

(Pierre TEILHARD DE CHARDIN)

QUELQUES CONSEILS POUR COMMENCER  
UNE RECHERCHE DE DOCTORAT

M. C. POLAK :

LA LEGISLATION JAPONAISE RELATIVE AUX DROITS D'AUTEUR.

UNIVERSITE AIX-MARSEILLE 3 - CODE PERIODIQUE



150023260

1981

50 Francs

GP 29

N° VI-9

# REVUE DE LA RECHERCHE JURIDIQUE DROIT PROSPECTIF

1981

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

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

## COMITÉ DE RÉDACTION

- M. C. ATIAS : Rédacteur en chef. Les pages du Centre de Philosophie du Droit de la Faculté d'Aix-Marseille.
- M. D. LINOTTE : Éditorial - Tendances du droit contemporain.
- M. C. MOULY : Méthodes de la recherche juridique.
- M. J.-J. BOUSQUET : Activités de la Faculté de Droit et de Science Politique d'Aix-Marseille.
- M. R. GHEVONTIAN : Bilan des recherches de doctorat.

## Missions de recherche :

- étudiants de doctorat
- collaborateurs des Centres de recherche.

Secrétariat et service commercial : U.E.R. Recherches juridiques,  
3, avenue Robert Schuman - 13621 Aix-en-Provence

Abréviation de référence : R.R.J.

## COMITÉ DE PATRONAGE

- M. le Professeur P. AMSELEK
- M. le Doyen J.-M. AUBY
- M. le Professeur X. BLANC-JOUVAN
- M. le Doyen F. BOULAN
- M. le Professeur P. CATALA
- M. le Doyen Ch. DEBBASCH
- M. le Professeur R. DRAGO
- M. le Doyen L. FAVOREU
- M. le Professeur M. FLORY
- M. le Professeur A. DE LAUBADÈRE
- M. le Professeur M. LESAGE, Directeur du Service de Recherches Juridiques Comparatives (C.N.R.S.)
- M. Ed. LISLE, Directeur scientifique au C.N.R.S.
- M. le Doyen G. MATRINGE
- M. le Professeur B. OPPETIT
- M. le Professeur F. TERRE
- M. le Professeur A. TUNC
- M. le Professeur M. WALINE, Membre de l'Institut



3 numéros par an : **ABONNEMENTS**

Abonnement de soutien : 250 F

Abonnement (France) : 130 F

Abonnement (étranger) : 200 F

Numéro (France) : 50 F

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

Demandes à adresser à l'U.E.R. Recherches Juridiques  
3, Avenue Robert Schuman - 13621 AIX-EN-PROVENCE

## **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**

ÉDITORIAL ..... p. 5

### **MÉTHODES DE LA RECHERCHE JURIDIQUE**

Quelques conseils aux étudiants de doctorat : Les débuts d'une recherche (mémoire ou thèse)..... p. 7

### **TENDANCES DU DROIT CONTEMPORAIN**

A - La législation japonaise relative aux droits d'auteur..... p. 11

B - La protection des droits d'auteur étrangers au Japon..... p. 24

C - Les droits d'auteur en France, au Japon et aux États-Unis.  
Étude comparative..... p. 28

### **LES PAGES DU CENTRE DE PHILOSOPHIE DU DROIT**

Résumés des conférences 1980-1981..... p. 36

Les fiches bibliographiques n° 4 à 8..... p. 47

Un thème de recherche : La doctrine dans l'itinéraire législatif... p. 57

### **BILAN DES RECHERCHES DE DOCTORAT**

Les recherches de doctorat à la Faculté de Droit et de Science  
Politique d'Aix-Marseille (errata et suite)..... p. 64

Liste thématique des thèses publiées dans le répertoire raisonné  
des Doctorats d'État en cours (Droit constitutionnel comparé.  
Institutions politiques étrangères)..... p. 66

### **ACTIVITÉS DE LA FACULTÉ DE DROIT ET DE SCIENCE POLITIQUE D'AIX-MARSEILLE**

I - Les Instituts et les Centres de recherche..... p. 70

II - Publications des enseignants de la Faculté (1980) suite..... p. 76

III - Colloques, Congrès, Tables rondes..... p. 77

### **ÉTUDE : D. TARDIEU-NAUDET**

« L'incidence, sur la responsabilité du débiteur, de la faute caractérisée de son préposé ». (Contribution à l'étude de la responsabilité contractuelle du fait d'autrui) suite et fin deuxième partie..... p. 80

TABLE DES MATIÈRES

EDITORIAL ..... p. 5

MÉTHODES DE LA RECHERCHE JURIDIQUE et M. de la recherche  
Quelques conseils aux étudiants de doctorat - Les thèses de doctorat  
recherche (mémoire en thèse) ..... p. 6

TENDANCES DU DROIT CONTEMPORAIN  
A - La législation japonaise relative aux droits d'auteur ..... p. 11  
B - La protection des droits d'auteur étrangers au Japon ..... p. 24  
C - Les droits d'auteur en France, au Japon et aux États-Unis  
Étude comparative ..... p. 28

LES PAGES DU CENTRE DE PHILOSOPHIE DU DROIT  
Résumés des conférences 1980-1981 ..... p. 39  
Les fiches bibliographiques n° 4 à 8 ..... p. 47  
Un thème de recherche : La doctrine dans l'histoire législative ..... p. 57

BILAN DES RECHERCHES DE DOCTORAT  
Les recherches de doctorat à la Faculté de Droit et de Science  
Politique d'Alger-Marseille (mémoire en thèse) ..... p. 64  
L'acte théorique des thèses de doctorat dans la recherche juridique  
Les thèses de doctorat en droit constitutionnel comparé  
L'acte théorique des thèses de doctorat ..... p. 68

ACTIVITÉS DE LA FACULTÉ DE DROIT ET DE SCIENCE POLITIQUE  
D'ALGER-MARSEILLE  
I - Les thèses de doctorat en droit et science politique ..... p. 70  
II - Publications des enseignants de la Faculté (1980) suite ..... p. 78  
III - Colloques, Congrès, Tables rondes ..... p. 77

ÉTUDE DE TARDIEU-HAUDET  
La responsabilité sur la responsabilité du délinquant de la responsabilité  
de son préposé, Contribution à l'étude de la responsabilité  
contractuelle du fait d'autrui suite et fin de la responsabilité ..... p. 83

ÉDITORIAL

Dans le même temps il semble que les Thésistes eux-mêmes ne  
proposent, moins d'étudiants dont l'objectif à terme soit, et pour cause,  
l'enseignement et la recherche en France et plus d'étudiants étrangers au  
d'étudiants engagés dans un milieu professionnel. Cet aspect d'étudiants  
étrangers au milieu des thésistes professionnels a des conséquences  
sur la recherche. En fait, les thésistes professionnels se font enlever  
quelques-uns. La thèse est donc devenue le privilège de quelques-uns  
dans le milieu de la recherche. Le milieu de la recherche ne voit pas  
sans regret le départ de ces thésistes professionnels. Il en résulte  
notamment une déperdition de l'expertise, de l'expérience et de l'admi-  
nistration de la recherche universitaire.

*La recherche juridique, - ce n'est pas une évidence qu'on rappelle -, est assurée à l'Université par les professeurs mais aussi par les étudiants. Disons, plus exactement, que celle des seconds développe et démultiplie très largement celle des premiers.*

*C'est évidemment dans les enseignements de doctorat que cette proposition se vérifie le mieux. Les doctorats, qu'il s'agisse des thèses ou des enseignements de D.E.A. et D.E.S.S. proprement dits, ont fait l'objet d'évolutions réglementaires ou sociologiques ces dernières années qui ont leurs répercussions sur la recherche. Est-il possible d'en repérer quelques directions ?*

*La thèse de doctorat, surtout la thèse d'État, aussi curieux que cela puisse paraître, n'est pas très significative pour notre propos. Elle obéit à des considérations très particulières qui en font moins l'exercice suprême de la recherche qu'un exercice bien à part ; exercice qui a peu de précédents et en général n'a pas de postérité. Elle est, comparativement aux autres travaux, assez rare, résulte de choix très individuels, pour ne pas dire passionnels, et est dirigée en fonction d'objectifs et d'ambitions excellentes mais où la recherche n'est pas, pour elle-même, la préoccupation exclusive. Il est symptomatique d'observer qu'obéissant à des canons qui sont les siens, elle a finalement peu évolué, si ce n'est dans un sens inflationniste, par rapport à ce qui l'environne.*

*Ce sont les mémoires, et dans une certaine mesure les thèses de 3<sup>e</sup> cycle qui en sont souvent le prolongement, qui forment l'armature de la recherche en doctorat.*

*Il faut donc rappeler l'importance du mémoire en D.E.A. ou en D.E.S.S.. Cette importance est bien sûr quantitative mais aussi qualitative. Par ses dimensions, son caractère d'exercice d'application et d'initiation, souvent réalisé en liaison directe avec un enseignement lui-même fruit d'une recherche par une promotion d'étudiants, il se prête assez facilement à une coordination et à une systématisation des programmes d'investigation.*

Dans le même temps, il semble que les Troisièmes cycles reçoivent, en proportion, moins d'étudiants dont l'objectif à terme soit, et pour cause, l'enseignement et la recherche en France et plus d'étudiants étrangers ou d'étudiants engagés dans un milieu professionnel. Cet apport d'étudiants étrangers ou insérés dans une filière professionnelle a des conséquences sur la recherche. Parmi les conséquences fastes, il faut en relever quelques-unes. La prise en considération de la spécificité des étudiants, leur pays d'origine, le métier qu'ils exercent ou vont exercer, conduit à moduler les sujets qu'on leur donne en fonction de ces données. Il en résulte incontestablement une expansion du droit comparé et un apport appréciable d'informations venues de l'extérieur, entreprises ou administrations, pour la recherche universitaire.

Mais, toute médaille ayant son revers, il faut s'efforcer d'éviter que la détermination « à la carte » des thèmes de recherche ne diminue la cohérence nécessaire des programmes réalisés en doctorat. Cet effort de coordination peut être accompli aisément puisqu'il ne suppose qu'une concertation approfondie entre les professeurs - eux-mêmes - et les étudiants.

Didier LINOTTE

#### SUMMARY

In our universities, Professors and students take part in juridical research work.

Especially works prepared to obtain Doctorship can be an opportunity for elder students to take part in Professor's search.

Those works frequently afford original informations, being written either by foreign students or by some ones in charge of a profession. The only disadvantage of that kind of research is the possibility of dispersion.

## MÉTHODES DE LA RECHERCHE JURIDIQUE

#### SUMMARY

*In the beginning of the search for a doctor's thesis. How to prepare a bibliography useful afterwards ?*

- Errors to prevent.
- Aims to reach.
- Methods in order to prepare a first class work.

#### QUELQUES CONSEILS AUX ÉTUDIANTS DE DOCTORAT : LES DÉBUTS D'UNE RECHERCHE - (Mémoire ou thèse) -

Que le sujet ait été imaginé par l'étudiant et soumis à son Directeur de recherche ou qu'il ait été proposé par ce dernier (1), la première tâche de l'étudiant est toujours la même. Il doit d'abord vérifier qu'il tient bien un sujet, qu'il y a bien *matière à une recherche*. Cette vérification sera l'occasion de constituer une première bibliographie et d'orienter les premières recherches.

Un premier écueil apparaît déjà : il inquiète généralement beaucoup les étudiants qui entament une recherche de doctorat. Cette première recherche bibliographique risque d'engager la recherche dans la voie d'une compilation, voire d'une répétition des écrits antérieurs. D'où la question rituelle : parviendrais-je à l'originalité ? « Tout est dit et l'on vient trop tard » (2). Il faut dire, aux étudiants de doctorat débutants, que toutes les thèses, et notamment les meilleures d'entre elles, comportent un exposé du droit positif. Cette partie du travail ne prétend pas à l'originalité pour elle-même ; toutefois, elle est indispensable à la préparation de la démarche originale proposée, ensuite, par l'étudiant (3).

(1) Un prochain article sera consacré à la recherche d'un sujet et à ses difficultés.

(2) La Bruyère, Les caractères, Chap. 1. - Comparer MUSSET, Poésies nouvelles, ROLLA, I. - Il est vrai que Jean PAULHAN répond : « Tout a été dit. Sans doute. Si les mots n'avaient changé de sens, et les sens, de mots » (Clef de la Poésie).

(3) Pour une parfaite illustration, V. J. DERRUPPE, La nature du droit du preneur à bail, thèse, Dalloz, 1952.

La vérification de l'existence d'un sujet et les premières recherches peuvent s'ordonner autour de deux démarches complémentaires.

#### A - Bibliographie

Schématiquement, la constitution d'une première bibliographie peut être divisée en trois phases successives.

1 - **Ouvrages élémentaires.** Leur consultation approfondie, leur lecture répétée et attentive est indispensable en début de recherche. Il est bon de les lire tous pour trois raisons.

- Tout d'abord, ces ouvrages offrent, sous une forme ramassée, un exposé du point de droit abordé. C'est l'occasion de *cerner le sujet*, de déterminer les questions qu'il suscite, les querelles doctrinales, les divergences jurisprudentielles qu'il provoque. En découvrant les points discutés, ce sont les temps forts de la thèse et du mémoire que l'étudiant peut commencer à deviner. Les solutions et règles appliquées lui apparaissent aussi.

- Ensuite, la consultation des ouvrages élémentaires permet de dresser la liste des *mots-clés* auxquels il faudra se référer pour retrouver, dans les différents ouvrages, les divers aspects du sujet. Il va de soi que ce sujet sera rarement abordé en un seul endroit.

- Enfin, il est indispensable de se choisir, dès le début de ses recherches, un ouvrage préféré. C'est celui dans lequel chacun se sent particulièrement à l'aise. Ce livre qui ne quittera pas la table de travail de l'étudiant lui permettra de vérifier ses connaissances de base et lui servira de *garde-fou* pour éviter de sortir de sujet ou d'émettre des propositions déraisonnables.

2 - **Textes.** Il importe de repérer très rapidement l'ensemble des dispositions légales et réglementaires qui présentent un quelconque rapport avec le sujet. Parmi elles, il faut distinguer celles qui présentent un intérêt particulier. De la même façon, il faut relever les arrêts de principe : bien peu de sujets exigent un dépouillement systématique de la jurisprudence, mais il est des décisions qu'il n'est pas permis d'ignorer. Parfois, il est nécessaire de connaître aussi d'autres documents (conventions collectives, contrats-types, réponses ministérielles...).

3 - **Ouvrages détaillés.** Il en est de plusieurs sortes :

- Les grands Traités offrent, dans chaque matière, non seulement une documentation particulièrement complète, mais aussi des rapprochements fertiles en découvertes inattendues, des réflexions critiques, des aperçus historiques...

- Pour compléter ceux-ci, il est toujours utile de remonter dans le temps d'un grand traité à son prédécesseur, voire à son édition précédente. Des comparaisons très enrichissantes sont souvent possibles.

- Les ouvrages pratiques présentent parfois les questions d'une façon différente de celle des universitaires. Les divergences peuvent être l'occasion d'une réflexion intéressante.

- Les ouvrages soumis à mise à jour régulière sont à suivre pour éviter d'escamoter une réforme ou un revirement de jurisprudence.

- Les grandes revues juridiques doivent être dépouillées systématiquement dans chacune des matières abordées par la recherche.

- Les mélanges (ou études) offerts aux grands maîtres de ces matières doivent également être analysés.

- Les travaux préparatoires des lois, notamment, peuvent apporter d'utiles informations (origine du texte, solutions envisagées, objectifs adoptés, arguments invoqués...).

- La plupart des sujets gagnent à être étudiés aussi sous l'angle statistique, voire sociologique ; il est bon de s'inquiéter d'emblée de collecter ce type d'informations. Outre les revues spécialisées (Année sociologique, Sondages...), plusieurs services détiennent des données très importantes : I.N.S.E.E., Ministères...

#### B - Réflexion

Les premières lectures doivent être suivies d'un temps de réflexion approfondie. Il ne s'agit pas encore tellement de rechercher des solutions ou des questions ; il ne s'agit pas du tout de préparer un plan d'étude : *un plan de recherche doit précéder le plan d'exposition.*

La première réflexion permet de mesurer l'ampleur et l'intérêt du sujet. Pour y parvenir, deux efforts complémentaires doivent être accomplis.

1 - **Effort de précision.** Il faut déterminer rigoureusement quels termes auront besoin d'être *définis*, soit à titre de concepts opératoires de la recherche (en introduction, généralement), soit à titre d'objets de la recherche (concepts flous dont l'étude s'attachera à dégager le sens).

Il faut établir le catalogue des différentes *qualifications* mises en œuvre. Ce sera l'occasion de se livrer à des comparaisons. *Le raisonnement analogique est le premier instrument de travail du juriste* : le droit commun ou d'autres branches du droit ou d'autres questions de droit connaissent-ils des qualifications analogues ou contradictoires, des démarches ou des techniques utiles ?

Plus généralement, il ne faut pas oublier qu'une règle n'a pas été correctement étudiée tant que n'ont pas été examinés son domaine, sa signification (concrète, ratio legis ou signification en politique législative, technique).

2 - **Effort d'imagination.** Il est grandement préparé et facilité par les travaux précédents. Il sera poursuivi par le rapprochement systématique de toutes les règles étudiées avec les règles comparables, même empruntées à d'autres matières ou à l'histoire (comparaison des solutions, des techniques, des qualifications, des buts...). Il convient aussi de découvrir des hypothèses concrètes particulièrement révélatrices des qualités et des défauts de la règle. Enfin, il faut s'interroger très précisément sur la cohérence du système juridique dans lequel elle s'insère. Est-elle en harmonie ou en contradiction avec d'autres règles ? Et cette question doit être posée en envisageant, non seulement ses solutions, mais aussi ses qualifications, ses techniques et ses buts.

La série de ces opérations est assez longue. Elle présente l'intérêt de fournir les premiers éléments d'une recherche qui se trouvera inévitablement orientée par ces premiers moments. D'où la nécessité d'y faire preuve de la plus grande rigueur !

### C - Rédaction

Il faut commencer, sinon dès le tout début de la recherche bibliographique, du moins très tôt, à *écrire*. C'est, d'abord, le moyen de ne pas perdre de temps ; c'est ensuite et surtout l'occasion de prendre, d'emblée, l'habitude de la rédaction et de s'astreindre à la discipline régulière de l'écriture : « Pas un jour sans une ligne ! » La recherche ne doit pas devenir l'alibi de la paresse et l'aliment du complexe de la « page blanche ». Les thèses qui ne finissent pas sont celles qui n'ont pas commencé.

Si l'étudiant a l'impression qu'il faut, par exemple, douze instruments bibliographiques (articles ou livres) pour rédiger un paragraphe ou une section sur une question et s'il n'a pu en réunir que onze (le douzième étant demandé par le prêt interuniversitaire, en réédition ou commandé à l'étranger), il ne doit pas attendre l'arrivée de l'ultime document. Il doit écrire déjà en fonction de ce qu'il a lu, quitte à rectifier ou à corriger quand il sera en possession du dernier ouvrage. Il constatera d'ailleurs que neuf fois sur dix une référence supplémentaire n'apporte rien qui soit susceptible de bouleverser l'étude.

Enfin, dès qu'une idée, une comparaison, une réflexion ou une référence vient à l'esprit, il faut la noter sur une fiche et la classer au bon endroit dans un dossier composé selon le plan de la thèse ou du mémoire. Les bonnes idées elles aussi s'oublient, sont périssables... et sont trop rares pour être gaspillées !

## LES TENDANCES DU DROIT CONTEMPORAIN

### SUMMARY

*Protection afforded in Japan to authors of literary works. (N° A).  
Protection granted to foreign authors in that same country. (N° B).  
Comparison of protection granted in France, U.S.A., Japan. (N° C).*

— A —

## LA LÉGISLATION JAPONAISE RELATIVE AUX DROITS D'AUTEUR

par M. POLAK

### I - HISTORIQUE

#### 1 - Une législation tardive

En effet, les premières réflexions sur le droit d'auteur et sa protection furent introduites au Japon seulement en 1868 au moment de la restauration Meiji qui marque les premiers pas du Japon vers un État moderne. L'initiative vint de Yukichi Fukuzawa, penseur influent et écrivain, qui au cours d'un long voyage en Europe, avait pris connaissance des lois relatives aux publications et au droit d'auteur dans les divers pays européens.

Il fit part de toutes les informations qu'il avait recueillies aux responsables du nouveau gouvernement et expliqua la nécessité urgente de doter le Japon de lois similaires. La première loi qui évoque le droit d'auteur est « l'Ordonnance sur les Publications », (Shuppan-jorei), promulguée en 1869. Cependant cette ordonnance s'attachait plus à la mise en place d'une réglementation sur les publications qu'à la protection de la propriété littéraire ; la première partie de cette ordonnance relevait du domaine du droit privé. Il faut attendre 1887 pour voir apparaître la première ordonnance distinguant le contrôle des publications (qui relevait du droit public) et la protection du droit d'auteur ; c'est ainsi la première loi japonaise consacrée uniquement aux droits d'auteur.



En 1899, le Japon signa la Convention de Berne et la Convention de Paris sur la protection de la propriété industrielle, nécessitant ainsi la promulgation d'une législation nationale.

Cette ratification entraîna, la même année, la promulgation de la première législation moderne japonaise sur la propriété littéraire et artistique, qui s'inspirait principalement des législations françaises et allemandes. Cette loi de 1899 qui reste encore le texte fondamental du système japonais sur la propriété littéraire et artistique, manifestait certaines réserves à l'égard de la Convention de Berne, mais démontrait aussi la volonté du Japon de participer à une échelle internationale à la protection des droits d'auteur.

## 2 - Réactualisations et révisions de la législation

Les progrès de la technique et l'apparition de nouvelles formes d'expression amenèrent comme dans les autres pays, de nombreuses réactualisations et révisions du texte afin d'étendre la protection des droits des auteurs et de faciliter l'exploitation des œuvres. Parmi les dix grandes révisions qui furent enregistrées jusqu'à nos jours, certaines furent systématiques pour permettre au Japon de ratifier successivement chaque nouvel acte de la Convention de Berne.

L'addition des œuvres architecturales aux œuvres protégées par la loi de 1899 et une disposition contre l'adaptation et la présentation cinématographiques des œuvres sans autorisation, marquèrent en 1910 la première révision. La même année, le Japon ratifia la révision de la Convention de Berne qui avait eu lieu à Berlin en 1908.

En 1920, plusieurs dispositions contre les enregistrements phonographiques et reproductions illicites de disques renforcèrent la protection des droits d'exécution.

La révision de 1931 étendit la protection des droits moraux et ajouta plusieurs dispositions relatives au droit de radiodiffusion et à la protection des œuvres cinématographiques. La même année, le Japon ratifia la révision de la Convention de Berne qui avait eu lieu à Rome en 1928.

Enfin, une dernière révision en 1934 ajouta à la loi diverses dispositions concernant les droits de publication et les droits des producteurs de sténogrammes actuellement protégés par les droits voisins, ainsi qu'une prescription sur le droit d'exécution publique et de radiodiffusion d'œuvres par enregistrements sonores.

En plus de ces révisions, trois lois supplémentaires furent promulguées, l'une avant la deuxième guerre mondiale et les deux autres après.

La première, la « Loi sur l'exploitation commerciale intermédiaire relative aux droits d'auteur » réglemena en 1939 les transactions commerciales intermédiaires pour assurer une plus grande protection aux ayant-droits et aux détenteurs précaires des œuvres, tout comme pour faciliter l'exploitation générale des œuvres.

La deuxième, la « Loi relative aux dispositions exceptionnelles pour les droits d'auteur possédés par les Puissances Alliées et leurs ressortissants » faisait suite en 1952 à la signature du Traité de Paix de San Francisco.

La troisième, la « Loi relative aux dispositions exceptionnelles à la législation des droits d'auteur requises par l'entrée en vigueur de la Convention Universelle sur les droits d'auteur », fut en 1956 comme son intitulé l'indique, la conséquence de la ratification par le Japon, la même année, de la Convention Universelle de 1952.

## 3 - Nécessité d'une nouvelle loi

Face aux grands bouleversements de la technique, face au développement des moyens de diffusion et de reproduction, et enfin devant les progrès des moyens de communications et de télécommunication, les dispositions de la loi de 1899 qui resta en vigueur plus de soixante-dix années, apparaissaient de plus en plus insuffisantes malgré les modifications qui y furent apportées. Après la deuxième guerre mondiale, de nombreux avocats japonais firent remarquer à maintes reprises l'insuffisance de la protection face à la réalité sociale intérieure.

De plus au niveau international le Japon était resté à la révision de 1928 de la Convention de Berne, alors qu'elle en avait subi de nouvelles à Bruxelles en 1948, à Stockholm en 1967 et à Paris en 1971. Le Japon n'avait pas non plus ratifié la Convention de Rome de 1961 qui mettait en relief la protection des droits voisins notamment pour les exécutants et musiciens, pour les producteurs de sténogrammes et les sociétés de radiodiffusion et de télévision. De nombreux pays, suite à la ratification des conventions internationales, avaient procédé à une révision fondamentale de leurs législations respectives qui répondaient désormais à toutes les innovations techniques et les nouvelles exigences sociales. Seul, le Japon conservait un système périmé au-dessous des dispositions internationales. Conscient de ces lacunes, le Gouvernement Japonais décida en 1962 de réagir aux critiques qui affluaient et créa la même année un comité chargé de rédiger un rapport sur les exigences d'une nouvelle législation relative aux droits d'auteur. Après de longues études et délibérations avec les intéressés, le comité soumit son rapport au Gouvernement en 1966.

Le Gouvernement rédigea ensuite un projet de nouvelle loi qu'il soumit au Parlement. Approuvée en 1970 et entrée en vigueur en janvier 1971, la nouvelle législation sur les droits d'auteur bouleversait radicalement l'ancienne et dotait enfin le Japon d'un système moderne répondant aux exigences internationales.

## II - OBJET ET CHAMP D'APPLICATION DE LA NOUVELLE LOI

### 1 - Présentation générale et objet

La « Nouvelle loi sur la propriété littéraire et artistique » comprend 124 articles (l'ancien texte n'en comptait que 52) auxquels s'ajoutent 31 articles complémentaires. L'extension de la durée de validité des droits d'auteur est la principale innovation de cette réforme ; elle passe de 38 à 50 ans après la mort de l'auteur comme stipulé dans les conventions internationales.

L'objet de la loi est clairement défini dans l'Article Premier :

« La présente loi définit les droits du créateur relatifs aux œuvres littéraires et artistiques, aux représentations, aux disques, aux émissions radiodiffusées et télévisuelles, détermine la protection des droits du créateur dans la mesure où il y a une application désintéressée ou à but culturel, et se donne pour objet de contribuer au développement de la culture ».

Les fondements de cette loi trouvent leur raison-d'être dans l'Article 29 de la Constitution du Japon :

« Le droit de propriété et de possession de biens est inviolable. Les droits de propriété sont définis par la loi conformément au bien-être public ».

Le principal but de la présente loi est bien de garantir la protection des droits d'auteur eu égard à une juste et équitable exploitation des produits culturels et par là de contribuer au développement de la culture, idée fondamentale qui inspire tous les articles.

Les droits de propriété dans le deuxième alinéa comprennent les droits de propriété littéraire et artistique. Les droits du créateur ne se limitent pas seulement aux droits de propriété mais comprennent aussi les droits moraux (« personnels » en japonais). Comme en France ou en République Fédérale Allemande, l'ensemble des droits d'auteur attachés à la propriété littéraire et artistique reconnaît les droits moraux. Les droits de radiodiffusion, la diffusion par fil et sur l'exécution d'œuvres musicales par sténogrammes sont désormais expressément garantis, pour la première fois.

## 2 - Champ d'application

Le champ d'application de la nouvelle loi comprend les « droits relatifs aux œuvres littéraires et artistiques » et les « droits relatifs aux représentations, aux disques et aux émissions radiodiffusées et télévisuelles ».

Selon les dispositions sur les limitations des droits d'auteur, ceux-ci sont limités lorsque la reproduction d'une œuvre est accomplie pour un but privé, pour une utilisation dans une bibliothèque, pour une utilisation pédagogique ou pour d'autres cas considérés comme nécessaires. Ces limitations sont imposées sur le droit d'auteur pour permettre un plus large accès du public aux œuvres en général. Cependant certaines restrictions sont prévues et un dédommagement doit être payé à l'auteur lorsqu'il y a reproduction de ses œuvres dans les ouvrages scolaires par exemple.

Les « droits voisins ou connexes » sont pour la première fois distingués des droits d'auteur purs et dûment stipulés, alors que dans l'ancien texte, si l'exécution musicale et la représentation avaient été reconnues comme relevant de la propriété littéraire et artistique, les droits relatifs aux disques, aux émissions radiodiffusées et télévisuelles n'étaient pas spécifiquement mentionnés. La jurisprudence ne les reconnaissait que comme des droits dépendant uniquement des droits d'auteur, ce qui écartait toute protection satisfaisante. Les droits voisins protègent les exécutants tels que les acteurs et chanteurs, les producteurs de sténogrammes et les

sociétés de télévision. Il était nécessaire de garantir un droit similaire ou droit d'auteur pour ceux qui communiquent les œuvres au public. Ces droits voisins ont été établis sur les principes de la Convention Pour la Protection des Droits Voisins de 1961 connue sous le nom de Convention de Rome.

La nouvelle loi définit en plus certaines dispositions relatives d'une part à l'exploitation d'œuvres sous licence obligatoire dans le cas où le propriétaire des droits d'auteur est inconnu, d'autre part à l'enregistrement des œuvres (enregistrement de la date de la première publication des œuvres, transfert du droit d'auteur, etc...) et enfin à la médiation pour le règlement d'un différend concernant le droit d'auteur.

Le texte de la nouvelle loi remplissait les conditions des actes de Bruxelles en 1948 et de Paris en 1971 de la Convention de Berne, ce qui permit au Japon de les ratifier respectivement en 1974 et 1975. De plus le Japon adhéra en 1975 à la « Convention créant l'Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle ».

## III - ANALYSE DU DROIT D'AUTEUR SELON LA NOUVELLE LOI DE 1970

### 1 - Les œuvres

Les œuvres qui jouissent de la protection de la loi sur les droits d'auteur sont définies au premier alinéa de l'Article 2 : « œuvre » signifie une production dans laquelle sont exprimées des pensées ou des sentiments d'une manière créative, et qui relèvent du domaine littéraire, scientifique, artistique ou musical. En d'autres termes l'« œuvre » doit satisfaire aux critères suivants :

- a - expression de pensées et sentiments
- b - originalité : pensées et sentiments sont exprimés d'une manière créative
- c - objectivité : pensées et sentiments sont exprimés d'une manière objective
- d - véritable expression de pensées ou de sentiments
- e - création par une personne qui possède une personnalité
- f - l'œuvre tombe dans le domaine littéraire, scientifique, artistique ou musical.

Cette définition a été reconnue jusqu'à présent dans la jurisprudence et dans la doctrine.

Le premier alinéa de l'Article 10 donne des exemples concrets d'œuvres :

- a - romans, scénarios, articles, conférences et toutes autres œuvres écrites
- b - œuvres musicales
- c - œuvres chorégraphiques ou de pantomime
- d - œuvres picturales, gravures, sculptures et toutes autres œuvres artistiques
- e - œuvres architecturales
- f - œuvres cartographiques tout comme les œuvres graphiques de nature scientifique telles que plans, figures et modèles
- g - œuvres cinématographiques
- h - œuvres photographiques

Dans l'alinéa 2 de l'Article 10 la loi stipule que « les informations journalières et les faits divers ayant un caractère de pur détail de l'information ne répondent pas aux critères du terme « œuvre »... », ce qui signifie que les nouvelles quotidiennes telles que les affaires personnelles, la nécrologie, les accidents, etc..., ne constituent pas des « œuvres ». Mais les informations générales et les photographies d'information sont protégées en tant qu'« œuvres ».

### 2 - Œuvres dérivées

Le premier alinéa de l'Article 11 stipule que les œuvres qui ajoutent un nouveau caractère créatif à une œuvre originale comme par exemple les traductions, les arrangements musicaux, les adaptations théâtrales ou cinématographiques ou encore les adaptations d'une œuvre pré-existante, sont considérées comme des « œuvres dérivées » (« secondaires » en japonais) jouissant également de la protection ; cependant cette protection garantie par la loi aux œuvres dérivées ne doit pas porter préjudice aux droits des auteurs des œuvres pré-existantes (Article 11).

Les « œuvres dérivées » apparaissent pour la première fois dans la législation et créent ainsi le nouveau concept d'œuvre « originale » ou « pré-existante ». Les principales se rattachent à la traduction et au cinéma. Si par exemple une personne souhaite exploiter une traduction d'une œuvre originale, il doit obtenir l'autorisation et de l'auteur et du traducteur.

L'Article 12 définit les œuvres de compilation comme des productions qui, en raison de la sélection et des arrangements de leur contenu, constituent des créations intellectuelles. Elles sont protégées comme des œuvres indépendantes sans préjudice aux droits des auteurs des œuvres qui forment une partie des compilations. Par exemple, si une personne souhaite exploiter une compilation telle qu'une revue, elle est obligée d'obtenir l'autorisation non seulement des auteurs respectifs des œuvres qui apparaissent dans la revue, mais aussi de l'éditeur de la compilation. Mais si cette personne souhaite exploiter uniquement une des œuvres contenues dans la revue, elle doit obtenir une autorisation non pas de l'éditeur mais uniquement de l'auteur de cette œuvre.

Le premier alinéa de l'Article 2 définit l'œuvre commune comme une production créée par deux ou plusieurs personnes, dans laquelle la contribution de chaque créateur ne peut être séparément exploitée. L'alinéa 2 de l'Article 65 stipule que les droits d'auteurs communs ne peuvent être exercés sans l'approbation unanime de tous les co-proprétaires.

### 3 - Œuvres non-protégées

L'Article 13 énumère les différentes œuvres qui ne bénéficient pas de la protection de la loi pour leur caractère d'utilité publique :

- a - la Constitution du Japon et autres lois et règlements
- b - notices, instructions, circulaires et autres textes de caractère public émis par les organismes de l'État ou publics locaux.

c - jugements, décisions, ordres et décrets des tribunaux et tout autre règlement ou décision émis par des organismes administratifs

d - traductions et compilations des textes mentionnés dans les trois paragraphes précédents et émis par des organismes de l'État ou locaux publics.

Ces œuvres ne jouissent d'aucune protection et peuvent être utilisées par tout individu sans distinction de nationalité.

La reproduction dans la presse, les revues et autres périodiques, des rapports, données statistiques et autres documents tels que livres blancs, émis par l'État ou tout autre organisme public, est uniquement permise bien que ces publications jouissent de la protection de la loi.

### 4 - Champ d'application des droits d'auteur

C'est l'Article 6 qui définit le champ d'application des droits d'auteur sur les œuvres :

a - les œuvres des personnes de nationalité japonaise (y compris les personnes morales établies sous la loi japonaise et celles qui ont leur siège dans ce pays).

Les œuvres des personnes de nationalité japonaise sont protégées par la loi qu'elles soient ou non publiées et sans distinction du lieu de publication.

b - œuvres publiées d'abord au Japon, y compris celles publiées d'abord à l'étranger et publiées au Japon dans les trente jours après cette première publication.

Les œuvres des ressortissants étrangers publiées d'abord au Japon sont protégées par la loi même si le pays où est né l'auteur étranger, a signé ou non un traité avec le Japon.

c - œuvres non comprises dans les deux paragraphes précédents mais pour lesquelles le Japon a l'obligation de garantir leur protection sous l'application d'un traité international.

Le Japon est signataire de la Convention de Berne et de la Convention Universelle des droits d'auteur. Les œuvres publiées dans l'un des pays signataires et les œuvres non publiées par des auteurs de l'un des pays signataires jouissent entièrement de la protection.

### IV - TITULARITÉ DU DROIT D'AUTEUR

Le créateur est certes celui qui a créé l'œuvre, mais lorsque l'œuvre est une production d'une personne morale ou une production de collaboration, l'interprétation diverge. Dans le cas d'une œuvre créée par un fonctionnaire ou par un employé, le créateur sera soit la personne qui a produit elle-même l'œuvre (par exemple lorsqu'un contrat le stipule), soit l'État ou la société qui a fait produire l'œuvre. Deux interprétations sont donc possibles. L'ancienne loi ne donnait aucune précision sur ce point, mais dans la nouvelle loi, l'œuvre produite par l'employé dans le cadre normal de ses obligations est considérée comme la propriété de l'État ou de la société (Article 15).

Pour une œuvre produite par plusieurs créateurs, comme il est impossible d'exploiter cette œuvre si elle est divisée entre les créateurs, ceux-ci sont tous co-titulaires. L'accord mutuel des créateurs leur permet de faire usage de leur droit d'auteur en commun (Article 65) et la durée de la validité de la protection débute au moment du décès du dernier créateur qui était encore vivant (Article 51, alinéa 2).

## V - OBJET ET COMPOSANTS DES DROITS D'AUTEUR

Le principal objet des droits d'auteur est d'inciter l'auteur à la création et de promouvoir ces activités créatrices en lui donnant entière protection à ses intérêts personnels et économiques. Les droits d'auteur sont ainsi formés de deux droits bien distincts et d'un caractère tout à fait différent, le droit moral et le droit patrimonial. Le premier protège les intérêts moraux que possède le créateur sur son œuvre. Le deuxième permet au créateur de contrôler l'exploitation de son œuvre. La jouissance de ces deux droits n'est sujette à aucune formalité telle que l'immatriculation ou l'enregistrement. Ils prennent existence automatiquement par le fait que les œuvres sont créées (Article 17).

### 1 - Le droit moral

Le droit moral a un triple aspect : le droit de divulgation de l'œuvre, le droit au respect du nom et le droit au respect de l'œuvre.

Le droit de divulgation de l'œuvre permet au créateur de décider seul de divulguer ou non son œuvre inédite, (Article 18). Il s'éteint au moment de la divulgation ou s'il y a transfert.

Le droit au respect du nom permet au créateur de décider sous quelle forme il divulguera son nom d'auteur (Article 19). Substantiellement le nom d'auteur indiqué par le créateur ne peut être changé ou tenu secret sans son autorisation.

Quant au droit au respect de l'œuvre, il permet au créateur d'écarter toute déformation ou transformation arbitraire du contenu et du titre de son œuvre par des tiers (Article 20). Cependant sous certaines conditions et buts visés (par exemple utilisation de l'œuvre à des fins pédagogiques) il est permis d'apporter certaines modifications minimum nécessaires (par exemple, simplification ou vulgarisation de la terminologie).

L'œuvre étant une production représentative de la personnalité morale du créateur, ces trois droits sont reconnus uniquement dans le but de protéger la personnalité morale du créateur. Cependant la protection perpétuelle et le transfert de ces trois droits ne sont pas reconnus.

D'autre part, « tout acte d'exploitation d'une œuvre, préjudiciable à l'honneur et la réputation de l'auteur, sera considéré constituer une atteinte à ses droits moraux » (Article 113, alinéa 2). « Les droits moraux appartiennent exclusivement à la personne de l'auteur » et sont inaliénables » (Article 59). Même après le décès de l'auteur, les intérêts personnels de l'auteur sont protégés contre tout préjudice (Article 60).

Il est d'autre part obligatoire d'insérer en note comme référence le nom de l'auteur et le titre de son œuvre qui inspire une nouvelle œuvre ou certains passages (Article 48).

### 2 - Le droit patrimonial

Le droit patrimonial est avant tout le droit exclusif pour l'auteur d'exploiter ses œuvres à des fins lucratives. Le titulaire du droit patrimonial donne en général une autorisation d'exploitation de ses œuvres à une autre personne contre rémunération, soit à des fins de publication, soit à des fins d'émission radiodiffusée ou télévisuelle, etc... Le droit patrimonial s'exerce également lorsque le titulaire souhaite suspendre l'exploitation de ses œuvres par une autre personne sans son autorisation ; le titulaire peut demander des dommages et intérêts.

En tant que droit de propriété, le droit patrimonial peut être transféré ou dévolu par voie successorale. Il peut également être divisé en plusieurs droits qui en découlent formant une « gerbe de droits » (bundle of rights) :

a - le droit de reproduction. Droit de reproduire l'œuvre par moyens typographiques, photographiques, d'enregistrements sonores ou visuels, etc... (Article 21) ;

b - le droit de représentation. Droit de représenter l'œuvre pour être entendue ou vue publiquement (Article 21) ;

c - le droit de radiodiffusion, de diffusion par fil, etc... (Article 23) ;

d - le droit de récitation. Droit de lecture en public d'une œuvre littéraire (Article 24) ;

e - le droit d'exposition. Droit d'exposer en public l'original d'une œuvre artistique ou une photographie inédite (Article 25) ;

f - le droit de projection cinématographique et de distribution, droit de présenter en public et de distribuer l'œuvre cinématographique et l'œuvre reproduite dans une œuvre cinématographique (Article 26) ;

g - le droit de traduction et d'adaptation sous toutes formes, droit de traduire, arranger musicalement, transformer, d'adapter à la scène, au cinéma ou toutes autres formes d'adaptation de l'œuvre (Article 27) ;

h - le droit concernant l'exploitation des œuvres dérivées ; l'auteur de l'œuvre pré-existante ou originale possède les mêmes droits que ceux de l'auteur de l'œuvre dérivée (Article 28). Dans l'ancienne loi le droit d'exploitation n'était pas clairement stipulé alors qu'il est précisément reconnu dans la nouvelle loi ; le droit de traduction et d'adaptation qui se limitait uniquement à la traduction et à l'adaptation cinématographique s'est considérablement élargi jusqu'aux œuvres dérivées. Il faut remarquer que le droit de suite qui est reconnu en France ne l'est pas au Japon. Le système du droit de suite a été conçu lors de la révision de la Convention de Berne qui a eu lieu à Bruxelles (Article 14-2). L'adoption de ce droit est laissée libre à l'appréciation de tous les membres signataires. Peu après, lors de la réforme de la loi sur la propriété littéraire et artistique au Japon, le droit de suite a fait l'objet de nombreuses études mais n'a finalement pas été adopté, la nécessité ne se faisant pas sentir au Japon.

Le droit de reproduction est certainement aussi au Japon le droit fondamental du droit patrimonial. Il couvre non seulement la reproduction sous forme de publication typographique, mais aussi les reproductions sous carbone ou photocopies. La reproduction d'une œuvre qui a subi de simples modifications ou additions est sujette au droit de reproduction.

## VI - DURÉE DE VALIDITÉ DE LA PROTECTION

### 1 - Protection générale des œuvres

La plus grande innovation de la réforme de 1971 relative à la loi sur la propriété littéraire et artistique est de loin l'extension de la durée de la protection.

La durée de validité de la protection d'une œuvre divulguée du vivant du créateur s'étendait à 38 ans sous l'ancienne loi, comme pour toute œuvre divulguée après le décès du créateur. Aux termes de la nouvelle loi, la durée de la protection comprend la vie du créateur, plus une période de 50 ans après son décès, que la publication ait été faite de son vivant ou de manière posthume (Article 51). De plus la durée de validité de la protection pour les œuvres de créateurs anonymes ou sous pseudonyme, qui était de 38 ans à partir du moment de la divulgation est passée également à 50 ans à partir de la date de divulgation ; pour les œuvres de collaboration, elle est passée de 33 ans à 50 ans à partir de la date de divulgation ; pour les films, de 38 à 50 ans et pour les photographies de 13 à 50 ans à partir de la date de divulgation.

Lorsque la date du décès d'un auteur reste inconnue, la validité de la protection des œuvres de cet auteur sera de 50 ans après la date de divulgation de chaque œuvre, et si les œuvres n'ont pas été rendues publiques dans les 50 années qui suivent leur création, la validité de la protection sera de 50 ans après leur divulgation.

### 2 - Protection des œuvres ne jouissant que des droits voisins

En outre, pour les œuvres musicales, les œuvres chantées et les œuvres enregistrées, considérées comme jouissant des droits de propriété, la durée de validité de la protection était fixée sous l'ancienne loi à 30 ans après le décès du créateur lorsque l'œuvre était divulguée sous le nom réel du créateur, et également à 30 ans à partir de la date de divulgation pour les œuvres de collaboration. La nouvelle loi classe ces œuvres dans la catégorie jouissant uniquement des droits voisins et limite la durée de validité de la protection à 20 ans après leur première exécution ou leur premier enregistrement. Pour les œuvres divulguées sous le nom réel de créateur mais après son décès, sous l'ancienne loi, c'est-à-dire avant 1971, la durée de validité de la protection qui fait foi est celle définie par l'ancienne loi, plus longue que celle définie dans la nouvelle loi. Le commencement de la validité de la protection est fixé au moment de la création de l'œuvre qu'elle soit divulguée du vivant du créateur ou qu'elle reste inédite.

### 3 - Enregistrement

Pour bénéficier de la protection des droits de propriété, il n'est pas nécessaire de remplir des formalités spéciales de dépôt ou d'immatricu-

lation ou d'enregistrement. Toutefois ces formalités, qui sont prévues par la loi, permettent de rendre opposables aux tiers certaines opérations.

## 4 - Protection du droit de traduction

Pour la durée de validité de la protection du droit de traduction il faut noter une prescription spéciale : si le titulaire des droits d'auteur ne publie pas la traduction de l'œuvre originale dans les 10 années qui suivent sa parution, le droit de traduction cesse, et tout individu sans distinction de nationalité a le droit de traduire librement, hors de toute contrainte, l'œuvre originale. Cette réserve de 10 années sur le droit de traduction a été reconnue lors de la révision de la convention de Berne en 1908 à Berlin et adoptée par le Japon. Elle est également entrée en vigueur au Mexique, en Turquie, Yougoslavie, Thaïlande et en Islande.

Cependant cette prescription spéciale ne s'applique plus qu'aux œuvres parues avant l'entrée en vigueur de la nouvelle loi en 1971 et disparaîtra automatiquement en 1981.

Pour les œuvres publiées après 1971 la nouvelle loi stipule que, si une œuvre n'est pas traduite dans les sept années qui suivent sa parution, l'autorisation de traduction ne peut plus ensuite émaner du titulaire du droit de traduction.

Après ces sept années, seule l'autorisation du Directeur de l'Agence de la Culture (Bunkachô) et le versement d'une indemnité à l'auteur permettent d'acquérir le droit de traduction. Cette limite de sept années sur le droit de traduction est tirée du texte de la Convention Universelle sur le droit d'auteur, qui s'appliquait principalement aux œuvres créées aux États-Unis (1952, Genève, dont les États-Unis et le Japon sont seuls signataires parmi les puissances occidentales).

## 5 - Prescription spéciale

En ce qui concerne la durée de validité de la protection il convient de mentionner les exceptions ajoutées pendant la deuxième guerre mondiale. En effet pour les droits d'auteur acquis avant la guerre ou pendant la période des hostilités par des citoyens des Puissances Alliées, la loi ordonne d'additionner à la durée normale de protection le nombre d'années des hostilités. Comme la période des hostilités a été fixée du 8 décembre 1941 au 27 avril 1952, par exemple une œuvre d'un créateur français parue avant la guerre est normalement protégée pendant une période de 50 ans après son décès mais comme la période des hostilités est de 10 ans et 5 mois, la durée de validité de la protection sera de 60 ans et 5 mois, après son décès (Article 58).

## VII - TRANSFERT DES DROITS D'AUTEUR

Lorsque l'on veut exploiter une œuvre il est requis de négocier avec le titulaire des droits d'auteur, et pour ce faire il y a trois façons de procéder. La première est d'obtenir directement du titulaire des droits d'auteur l'autorisation d'exploiter son œuvre, (Article 63), la deuxième est d'obtenir du titulaire des droits d'auteur l'établissement d'un droit de publication, ceci

pour les œuvres écrites (Articles 79), et enfin la troisième façon est d'acquérir directement l'ensemble des droits d'auteur (Article 61).

L'exploitation par autorisation du titulaire des droits d'auteur est la plus répandue aussi bien pour les représentations, les émissions, les expositions que pour les publications, mais cette autorisation ne peut être exclusive pour une seule et unique personne. S'il s'agit d'exploiter l'œuvre exclusivement pour la publication, l'exploitant peut choisir la deuxième façon. Dans la première façon, même si un contrat passé avec le titulaire des droits d'auteur reconnaît un droit exclusif de publication pour un exploitant, ce dernier ne peut s'opposer à la conclusion de contrats répétés entre plusieurs exploitants et le titulaire des droits d'auteur. Dans la deuxième façon en revanche, le respect d'un droit exclusif peut être assuré. Dans un contrat d'établissement des droits de publication, il est possible de préciser la durée de ces droits de publication, mais si aucune précision sur la durée n'est apportée, ces droits cessent au bout de trois ans à partir du jour de la publication, (Article 83).

Dans le cas de l'acquisition des droits d'auteur, il est possible de limiter cette acquisition à certains droits uniquement. Par exemple il est possible d'acquérir un seul droit sur tous les droits d'auteur qui peuvent être divisés en droit de publication, droit d'exécution (d'interprétation) pour les œuvres musicales, en droit d'enregistrement, en droit d'émission, etc... Il est également possible d'acquérir un de ces droits pour une période limitée, ou pour un pays ou une région déterminée. Dans le cas de l'établissement du droit de publication ou dans le cas d'un transfert de droits d'auteur, s'il y a double acquisition donc conflit, pour supprimer les droits de l'un des acquéreurs, il est nécessaire de faire enregistrer le contrat à l'Agence de la Culture. Mais cet enregistrement n'est pas une condition nécessaire et valable de transfert de droit, mais seulement une condition nécessaire d'opposition.

En outre, dans le cas d'une ambiguïté sur le titulaire des droits d'auteur, si son autorisation n'a pu être obtenue, l'autorisation d'exploitation de l'œuvre peut être délivrée par arbitrage de l'Agence de la Culture et par versement d'une indemnité.

### VIII - DÉROGATION AU MONOPOLE DU CRÉATEUR SUR SES ŒUVRES

La loi sur la propriété littéraire et artistique décide de l'exploitation libre des œuvres dans le but de développer la culture dans les 17 cas suivants :

- 1 - Reproduction à des fins d'exploitation personnelle ou privée (Article 30)
- 2 - Reproduction pour utilisation dans les bibliothèques (Article 31)
- 3 - Citation dans un but fondé (Article 32)
- 4 - Reproduction dans les manuels scolaires (Article 33)
- 5 - Emission dans les programmes pédagogiques et scolaires (Article 34)
- 6 - Reproduction dans les établissements scolaires et les institutions pédagogiques (Article 35)
- 7 - Reproduction pour les sujets d'examen (Article 36)

- 8 - Reproduction par l'écriture Braille à l'usage des aveugles (Article 37)
- 9 - Représentation ou exécution à but non lucratif (Article 38)
- 10 - Reproduction d'articles de fonds (éditorial) concernant des problèmes d'actualités (Article 39)
- 11 - Exploitation de discours politiques (Article 40)
- 12 - Reportage sur un événement d'actualité (Article 41)
- 13 - Reproduction dans les formalités judiciaires (Article 42)
- 14 - Exploitation par traduction, adaptation etc... (Article 43)
- 15 - Enregistrement éphémère par des sociétés de radiodiffusion et de télévision
- 16 - Exposition de créations artistiques par les propriétaires des œuvres originales (Article 45)
- 17 - Exploitation d'une œuvre artistique située dans des lieux publics (Article 46).

Cependant lorsque l'exploitation est complètement libre dans les limites du but fixé, il est parfois nécessaire de verser une indemnité au titulaire des droits d'auteur.

### IX - EXTINCTION DES DROITS D'AUTEUR

La fin de la durée de validité de la protection, l'absence d'héritier, la renonciation ou la prescription sont les principales causes de l'extinction des droits d'auteur. Si, après le décès du titulaire des droits d'auteur, aucun héritier ne se présente, selon le droit civil les droits d'auteur reviennent au Trésor Public, mais la loi, au lieu d'en faire une propriété exclusive de l'État, affranchit leur exploitation pour tout citoyen sans distinction de nationalité dans le seul but de développer la culture (Article 62). L'extinction des droits par prescription est très théorique, en vérité elle reste très difficile. La renonciation est reconnue partiellement ou en entier. Les droits moraux du titulaire des droits d'auteur sont perpétuels et inviolables.

### X - VIOLATION DES DROITS D'AUTEUR

Les articles 112 à 118 se rapportent à la violation des droits moraux du titulaire des droits d'auteur en général et à la violation du droit de publication et des droits voisins en particulier. Les stipulations relatives au droit d'auteur conservent un caractère spécial hors du code civil, mais pour les cas ordinaires, seules les stipulations du code civil font foi. L'utilisation d'une œuvre sans l'autorisation du titulaire des droits d'auteur est considérée comme une violation ; sont également considérées comme violations des droits moraux, la divulgation de l'œuvre sans l'accord du titulaire des droits d'auteur, la modification du nom d'auteur indiqué, la modification du contenu de l'œuvre. Cependant lorsque les droits d'auteur ont été limités, ces actes ne sont pas considérés comme une violation. Il peut y avoir violation des droits d'auteur par intention ou par erreur, mais aussi par tout autre moyen que reconnaît la loi, ce qui diffère d'avec les stipulations du code civil où il ne peut y avoir violation que par intention ou par erreur.

Le titulaire peut demander qu'il soit mis fin à toute violation ou qu'elle soit prévenue (Article 112). Même si la période de violation a pris fin, il est

possible de demander des dommages et intérêts à l'usurpateur. Dans ce cas, selon l'Article 114, le tribunal estime chaque dommage subi par le titulaire selon les bénéfices ou intérêts obtenus par l'usurpateur.

S'il n'y a ni intention ni erreur de la part de l'usurpateur, il ne peut y avoir de demande de dommages et intérêts, mais il est possible de demander à l'usurpateur les profits qu'il détient encore comme produits illégaux, (code civil, Article 703). Contre les personnes qui ont violé les droits moraux par intention ou par erreur, le titulaire des droits d'auteur peut pour rétablir sa réputation demander directement à l'usurpateur de prendre des mesures adéquates (Article 115).

### XI - SANCTIONS

Les violations des droits d'auteur et des droits dérivés sont criminelles, et qu'il y ait intention ou erreur de l'usurpateur, une poursuite judiciaire peut être intentée par le lésé. Les peines sont de trois ans de travaux forcés au plus et de 300 000 yen au maximum.

## B - LA PROTECTION DES DROITS D'AUTEUR ÉTRANGERS AU JAPON

par M. C. POLAK

### I - LES CONVENTIONS INTERNATIONALES DONT LE JAPON EST SIGNATAIRE

Si le Japon a fait l'objet de nombreuses critiques internationales jusque vers les années soixante pour ne pas avoir signé certaines conventions internationales ou amendements jugés essentiels à la protection des droits d'auteur, ce pays est maintenant doté comme nous l'avons vu d'une législation intérieure répondant aux exigences internationales et depuis son adhésion à la Convention de Berne en 1899, il a ratifié toutes les révisions qui ont vu le jour et a adhéré également à la Convention Universelle des droits d'auteur.

### II - LES OEUVRES ÉTRANGÈRES BÉNÉFICIAIRE DE LA PROTECTION AU JAPON

#### a - les œuvres publiées préalablement au Japon

Toute œuvre publiée préalablement au Japon bénéficie de la protection indépendamment de l'application des conventions internationales sur les droits d'auteur, la protection étant étendue même aux œuvres des auteurs qui ne sont pas ressortissants de l'un des pays signataires de ces conventions.

#### b - les œuvres dont le Japon a l'obligation de garantir la protection sous le couvert de traités internationaux

##### 1 - les œuvres protégées par la Convention de Berne :

- œuvres dont les auteurs sont ressortissants des pays membres de l'Union de Berne

- œuvres des auteurs qui ne sont pas ressortissants des pays membres de l'Union de Berne, mais publiées préalablement dans l'un de ces pays ou simultanément hors de l'Union et dans un pays membre de l'Union.

##### 2 - les œuvres protégées par la Convention Universelle des Droits d'auteur :

- œuvres des ressortissants de tout État signataire (que l'œuvre soit publiée ou non)  
- œuvres publiées préalablement dans un pays signataire.

### III - PRINCIPE DU TRAITEMENT NATIONAL

Le principe du traitement national est un des principes fondamentaux rencontré aussi bien dans la Convention de Berne que dans la Convention Universelle. En vertu de ce principe, les auteurs étrangers jouissent au Japon des droits que la législation japonaise garantit aux auteurs japonais. Les auteurs étrangers jouissent en plus des droits garantis par ces deux conventions.

Il est utile de rappeler que ces droits au Japon ne sont sujets à aucune formalité (dépôt ou enregistrement) pour accéder à la protection des œuvres, que l'auteur soit étranger ou non.

### IV - PRINCIPE DE L'INDÉPENDANCE DE LA PROTECTION ET CAS DE RÉCIPROCITÉ MATÉRIELLE

Il existe cependant une exception à la garantie automatique des œuvres des auteurs étrangers. En effet, bien que les deux conventions mentionnées plus haut stipulent le principe de traitement national et le critère minimum de protection, la protection sous la législation japonaise est indépendante de l'existence de la protection dans le pays d'origine de l'œuvre. Plusieurs cas d'exception se fondent sur la réciprocité matérielle.

Cette réciprocité signifie essentiellement qu'un pays garantira la protection des droits des étrangers aussi longtemps que le pays d'origine des œuvres garantit la protection des droits aux ressortissants du premier pays.

#### 1 - Durée de la protection

Dans la Convention de Berne et la Convention Universelle, il est stipulé que la durée de la protection ne doit pas dépasser la durée fixée dans le pays d'origine de l'œuvre. Par exemple, les œuvres publiées préalablement dans un pays qui garantit la protection pendant la vie de l'auteur et trente ans après sa mort, seront protégées au Japon pendant la même durée bien que la législation japonaise stipule une protection pendant la vie de l'auteur et cinquante ans après sa mort.

#### 2 - Œuvres assimilées aux arts décoratifs

En ce qui concerne les œuvres se rapportant aux arts décoratifs (œuvres d'art pour utilisation pratique ou industrielle), la Convention de Berne stipule que chaque pays membre détermine l'application de leur législation aux œuvres décoratives et modèles industriels, tout comme les

conditions de leur protection. Les œuvres protégées dans le pays d'origine comme les dessins ou modèles industriels devront jouir de la même protection dans un autre pays membre de la Convention. Au Japon, bien que la législation ne mentionne pas spécifiquement les arts décoratifs, les œuvres artistiques du domaine de l'artisanat jouissent de la protection de la loi.

### 3 - Le droit de suite

Le droit de suite n'est pas reconnu au Japon. Les auteurs ou artistes étrangers n'ont donc aucun recours au Japon pour ce droit.

## V - EXCEPTIONS POUR LA DURÉE DE LA PROTECTION DU DROIT DE TRADUCTION

### 1 - Restriction de dix années pour la protection du droit de traduction (fondée sur la Convention de Berne)

S'inspirant de la Convention de Berne, le Japon a décidé que le droit de traduction d'une œuvre en japonais expirera, si le titulaire du droit de traduction de l'œuvre ne publie pas la traduction japonaise dans les dix ans qui suivent la première publication. Si la traduction japonaise est publiée dans les dix ans après sa première publication de l'œuvre, la durée de protection du droit de traduction en japonais bénéficiera de la même durée de protection de l'œuvre.

Il est stipulé que cette exception n'est applicable qu'aux œuvres publiées avant l'entrée en vigueur de la présente Législation relative aux droits d'auteur (c'est-à-dire jusqu'au 31 décembre 1970) et n'est pas applicable aux œuvres parues après le 1<sup>er</sup> janvier 1971.

### 2 - Autorisation obligatoire pour le droit de traduction lorsque sept ans se sont écoulés après la première publication

Si après l'expiration d'une période de sept ans après la première publication d'une œuvre, la traduction par le titulaire du droit de traduction de l'œuvre n'a pas été publiée en japonais ou si elle a été publiée mais qu'elle est épuisée, tout citoyen japonais qui n'est pas titulaire de ce droit de traduction pourra publier une nouvelle traduction de cette œuvre en japonais avec l'autorisation du Directeur de l'Agence de la Culture, après avoir versé une compensation au titulaire du droit de traduction. Cette exception ne s'applique pas aux œuvres publiées antérieurement au 28 avril 1956.

## VI - PRESCRIPTION SPÉCIALE POUR LA PÉRIODE DE LA DEUXIÈME GUERRE MONDIALE

Cette prescription est fondée sur le traité de Paix de San Francisco (8 septembre 1951).

Pour les droits d'auteur possédés par les Puissances Alliées et leurs ressortissants avant les hostilités ou acquis pendant la durée des hostilités, une prescription spéciale ordonne d'ajouter à la durée normale de protection des œuvres la période des hostilités (pour le droit de traduction en japonais il convient d'ajouter une période supplémentaire de six mois). Vu

les différents traités entre les États-Unis et le Japon sur la liberté de traduction avant la guerre, cette prescription n'est pas applicable aux traductions et publications d'œuvres américaines.

La période additionnelle est calculée non pas en années mais en jours, comme suit :

Australie, Canada, États-Unis, France, Grande-Bretagne, Nouvelle-Zélande, Pakistan, Sri Lanka : 3 794 jours. Afrique du Sud 3 929 jours ; Belgique 3 910 jours ; Brésil 3 816 jours ; Grèce 4 180 jours ; Liban 4 413 jours ; Norvège 3 846 jours ; Pays-Bas 3 844 jours.

## VII - DROITS VOISINS

Le Japon n'a pas adhéré à la Convention Internationale pour la Protection des Exécutants, Producteurs de sténogrammes et société de radiodiffusion et de télévision, de 1961. Les droits voisins des étrangers tout comme ceux des citoyens japonais sont reconnus en partie par la législation actuelle mais sujets à une importante limitation.

### 1 - Représentations

- a - Représentations qui ont lieu au Japon.
- b - Représentations enregistrées sur sténogrammes dont les producteurs sont de nationalité japonaise ou sur sténogrammes composés de sons enregistrés antérieurement au Japon.
- c - Représentations comprises dans les émissions d'organisations de nationalité japonaise ou dans les émissions d'émetteurs situés sur le territoire du Japon, exceptées celles incorporées dans des enregistrements sonores ou visuels avant leur diffusion et avec l'autorisation des exécutants.

Les exécutants étrangers qui n'ont pas résidence au Japon ne jouissent pas de la protection.

### 2 - Sténogrammes

- a - Sténogrammes dont les producteurs sont de nationalité japonaise.
- b - Sténogrammes composés de sons enregistrés antérieurement au Japon.

### 3 - Radiodiffusions et émissions télévisées

- a - émis par des sociétés de radiodiffusion et de télévision de nationalité japonaise.
- b - émis par des émetteurs situés sur le territoire japonais.



## C - LES DROITS D'AUTEUR EN FRANCE, AU JAPON ET AUX ÉTATS-UNIS. ÉTUDE COMPARATIVE

par C. BOUFFANDEAU en collaboration avec C. POLAK

Par la loi du 16 octobre 1976 applicable à partir du 1<sup>er</sup> janvier 1978, les États-Unis se sont dotés d'une législation se rapprochant des règles posées par la Convention de Berne, c'est-à-dire allant dans le sens d'une plus grande protection des auteurs.

En effet, alors que la France et le Japon ont ratifié la Convention de Berne, il n'en est pas de même des États-Unis qui, jusqu'à cette loi du 16 octobre 1976, avaient une législation plus protectrice des intérêts des producteurs que de ceux des auteurs.

Avec cette nouvelle loi, les obstacles à la ratification par les États-Unis de la Convention de Berne sont notablement atténués et à une époque où les échanges internationaux se multiplient, la nouvelle législation américaine va permettre une meilleure unification du droit de la propriété artistique et littéraire dans le domaine international.

Il nous a paru intéressant de comparer cette nouvelle loi française du 11 mars 1957 et à la loi japonaise du 6 mai 1970 sur les droits d'auteurs afin de cerner la protection dont chacune des trois législations a entendu doter les auteurs.

### I - TITULARITÉ DU DROIT D'AUTEUR

#### 1 - Titularité d'origine

Dans les législations française et japonaise, le titulaire originaire est le créateur, le point de départ de cette titularité étant l'acte de création lui-même.

L'ancienne législation américaine était différente puisqu'elle ne conférait des droits au créateur qu'une fois l'œuvre publiée. Il est heureux que la nouvelle législation américaine se soit alignée sur les législations française et japonaise en conférant au créateur un droit d'auteur dès la mention de son œuvre.

A l'heure actuelle, les 3 législations sont donc sur ce point totalement similaires.

#### 2 - Cas particulier des œuvres de commande

Dans le cas d'une œuvre commandée à l'artiste, le problème se pose de savoir qui est le titulaire du droit d'auteur ; le créateur de l'œuvre ? ou la personne qui a commandé cette œuvre ?

Dans les législations française et japonaise le créateur reste le titulaire du droit d'auteur tant qu'il n'a pas remis son œuvre. Au moment de remettre son œuvre, le créateur reste libre de céder la totalité ou une partie seulement de son droit d'auteur.

Dans l'ancienne législation américaine, il en était autrement, c'était celui qui avait passé commande de l'œuvre qui était le titulaire du droit d'auteur. C'est ainsi que le copyright d'un film appartenait au producteur du film.

La nouvelle loi américaine se rapproche de la législation française. Elle précise en effet que si l'œuvre est réalisée par un employé, c'est l'employeur qui est le titulaire du copyright, sauf convention écrite contraire des parties. Pour que le producteur soit titulaire du droit d'auteur, il faut donc qu'il se soit réservé expressément et par écrit ce droit. Il ne faut toutefois pas se leurrer : le producteur étant souvent en position de force pour la négociation du contrat avec l'auteur, il lui sera facile d'insérer une clause prévoyant une « notice naming the publisher as owner » c'est-à-dire lui conférant la titularité du droit d'auteur.

En cas d'œuvres de commande c'est donc la législation française qui est la plus protectrice.

### II - OEUVRES PROTÉGÉES

Bien que les trois législations aient tenté de donner une définition de l'œuvre protégée, c'est sans nul doute la législation japonaise qui a apporté le plus de précision dans sa définition : « production dans laquelle des idées ou des sentiments sont exprimés de manière créative et qui relève du domaine littéraire, scientifique, artistique ou musical ».

Dans les trois cas, les législations ont procédé à une énumération non limitative de ces œuvres et l'on peut dire que dans les trois pays le même genre d'œuvres est protégé ; il s'agit principalement des livres et écrits littéraires, des œuvres dramatiques, des œuvres musicales, des œuvres chorégraphiques de la peinture et de la sculpture, des œuvres photographiques, des œuvres radiophoniques et radiovisuelles ou télévisuelles, des œuvres cinématographiques.

Dans tous les cas, les caractères essentiels de l'œuvre, pour qu'elle soit protégée, sont son originalité et sa fixation sous une forme tangible. L'ancienne législation américaine ne protégeait vraiment que les œuvres publiées. Heureusement la nouvelle loi a supprimé cette condition de la publication et l'œuvre, même non publiée est protégée.

Le même souci se retrouve dans les trois législations, d'une protection étendue : pour les œuvres musicales la protection s'étend à la fois aux paroles et à la musique ; pour les films on a le souci de les protéger également en tant que « suite de photographies » de façon à ce qu'on ne puisse pas reproduire, sans autorisation, un plan du film.

Il est toutefois un domaine où les réalisations techniques sont trop récentes pour qu'il puisse y avoir une jurisprudence suffisante en la matière : les vidéo-cassettes.

A propos d'une catégorie d'œuvres, les photographies, le critère admis pour la protection est différente : aux États-Unis et en France c'est la qualité artistique ou technique qui compte, au Japon c'est la valeur économique qui prime.

Dans les trois législations également, la protection s'étend aux œuvres de compilation et aux œuvres dérivées (traduction, adaptation). Dans les trois pays l'autorisation de l'auteur original est nécessaire et la protection ne s'étend qu'à l'apport original fait par le nouvel auteur.

Enfin il faut signaler une innovation intéressante de la législation américaine qui concerne « les transmissions secondaires », la nouvelle loi protège en effet des œuvres qui, antérieurement, étaient laissées sans protection. Les transmissions secondaires sont les retransmissions simultanées d'émissions télévisuelles effectuées par les stations de radiotélévision titulaires de licences. Une licence obligatoire s'applique à ces transmissions secondaires. La rémunération correspondant à ces retransmissions a été confiée au « copyright Royalty Tribunal », organisme institué par la nouvelle loi. Ce tribunal est composé de cinq membres nommés par décret du Président. C'est également le tribunal qui décide une révision périodique des royalties versées. Sont également visées par cette nouvelle réglementation les émissions de télévision par câble (C.A.T.V.), les télévisions publiques, et les jukebox. Le « copyright Royalty Tribunal » a donc pour mission de veiller à la rémunération équitable des droits d'auteur.

### III - COMPOSANTES DU DROIT D'AUTEUR

Le droit d'auteur est en fait un « faisceau de droits » et ces droits peuvent être décomposés principalement en droit moral et droit patrimonial, l'auteur étant le titulaire à la fois d'un droit moral et d'un droit patrimonial sur son œuvre.

#### 1 - Le droit moral

Les trois législations reconnaissent cette distinction entre droit moral et droit patrimonial mais elles n'accordent pas toutes les trois la même importance au droit moral par rapport au droit patrimonial.

La législation française est celle qui a le mieux protégé le droit moral des auteurs et la législation américaine, celle qui l'a le moins bien protégé. Quant à la législation japonaise, elle se situe entre ces deux extrêmes.

Le droit français et le droit japonais confèrent au droit moral un caractère perpétuel et inaliénable qui n'est pas reconnu aussi clairement par la législation américaine.

De plus, les trois législations ne confèrent pas au droit moral les mêmes composantes.

La loi française distingue quatre composantes du droit moral : le droit de divulgation, le droit au respect du nom, le droit au respect de l'œuvre et le droit de repentir ou de retrait. Pour les trois premières composantes, les trois législations sont similaires ; toutes trois reconnaissent à l'auteur le droit de révéler son œuvre au public (droit de divulgation) le droit de garder l'anonymat ou d'utiliser un pseudonyme (droit au respect du nom) et le droit de faire respecter leur œuvre aussi bien dans sa lettre que dans son esprit (droit au respect de l'œuvre).

Par contre, il existe des différences sensibles au niveau du droit de retrait ou de repentir. Ce droit implique la possibilité pour l'auteur de retirer son œuvre soit avant la publication - repentir - soit même après sa publication - retrait - L'auteur doit toutefois indemniser le cessionnaire du préjudice subi. Ce droit est reconnu par la législation française qui autorise un tel retrait en vertu du droit moral de l'auteur. Un tel droit très protecteur des intérêts des créateurs n'est pas reconnu par la législation japonaise. Quant à la législation américaine, la nouvelle loi, prenant le contrepied de l'ancienne loi, a introduit un droit de retrait limité. Le droit de retrait (articles 203 et 304 de la nouvelle loi) peut s'appliquer soit aux cessions de droits intervenues avant le 1<sup>er</sup> janvier 1978 soit aux cessions intervenues postérieurement au 1<sup>er</sup> janvier 1978. Le droit de retrait est soumis toutefois à un préavis qui doit être signifié au cessionnaire au minimum 2 ans et au maximum 10 ans avant la date d'entrée en vigueur de la résiliation. La législation américaine a ainsi voulu protéger des auteurs qui avaient de façon inconsidérée cédé tous leurs droits.

Bien que le droit de retrait soit un droit plus théorique que pratique en raison des dommages et intérêts élevés que l'auteur peut être amené à verser, il faut noter le souci du créateur en faisant passer le respect de ce droit avant le respect du contrat passé entre les parties, quels que soient les intérêts financiers en jeu. Le souci du droit moral se retrouve dans la mission confiée au Centre National des Lettres, et qui est d'assurer le respect des œuvres littéraires après la mort de l'auteur et même après leur chute dans le domaine public.

Dans le cas d'œuvres créées par plusieurs auteurs, le droit moral prend toute son importance dans la législation française. En effet dans le cas de l'œuvre cinématographique - œuvre de collaboration par excellence - l'un des co-auteurs usant de son droit de repentir, peut refuser d'achever sa contribution ; toutefois, il ne pourra pas empêcher l'utilisation de sa contribution déjà réalisée afin que le film puisse être achevé. Juridiquement, le film est considéré comme achevé quand la première copie standard a été établie mais pour cela il faut un accord entre le réalisateur, le co-auteur et le producteur. Si les parties ne sont pas d'accord, il appartiendra à la juridiction civile de statuer ; si la faute de l'un des co-auteurs est reconnue il devra réparer le dommage subi (article 1382 du code civil). Ainsi la législation française défend les droits des co-auteurs et ce quelquefois même au détriment de l'œuvre cinématographique dont l'achèvement peut ainsi être sérieusement retardé. Il en est un peu différemment aux États-Unis où l'accent est mis sur la nécessité d'achever l'œuvre et où la loi du contrat l'emporte sur le droit moral.

#### 2 - Le droit patrimonial

Le droit patrimonial est en quelque sorte le monopole d'exploitation qui revient au créateur d'une œuvre ou à la personne à laquelle le créateur a cédé son droit d'auteur. Le créateur d'une œuvre a le droit d'exploiter cette œuvre afin d'en tirer une source de revenus.

Ce monopole d'exploitation de ses œuvres par l'auteur comprend en France le droit de représentation, le droit de reproduction et le droit de suite ; et au Japon et aux États-Unis, le droit de reproduction et le droit de représentation seulement, le droit de suite n'existant pas.

Pour être tout à fait exact, il convient de préciser que la nouvelle législation américaine décompose le droit patrimonial en 5 composantes ; droit de reproduire l'œuvre, droit de créer des œuvres dérivées, droit de vendre, louer ou prêter l'œuvre au public, droit de représenter l'œuvre en public et droit de diffuser l'œuvre auprès du public. En fait, ces composantes peuvent être regroupées en deux droits principaux : droit de reproduction et droit de représentation.

Le droit de reproduction et le droit de représentation ont sensiblement le même contenu dans les trois législations. La reproduction est la fixation matérielle de l'œuvre par tous procédés permettant de la communiquer au public. Si un contrat comporte une cession totale du droit de reproduction, la portée en est limitée aux modes d'exploitation prévus au contrat ; par exemple, si un contrat ne vise que l'édition muette on ne peut pas l'étendre à l'édition sonore. Si une personne autre que le créateur veut reproduire son œuvre, le consentement de l'auteur est nécessaire et ce, quelque soit le procédé de reproduction et quelle que soit la matière dans laquelle la reproduction est réalisée. Quant au droit de représentation on entend par représentation la communication de l'œuvre au public par tout moyen, c'est-à-dire aussi bien par l'intermédiaire de personnes physiques (communication directe) que par l'intermédiaire de supports matériels - film, TV (communication indirecte). C'est la transmission de l'œuvre - et non sa réception - qui donne prise au droit de représentation.

Seule la législation française donne une troisième composante au droit patrimonial, le droit de suite. C'est le droit pour l'auteur et après sa mort pour ses héritiers - pendant 50 ans - de percevoir un droit égal à un pourcentage (3 %) du prix d'une œuvre d'art payé en cas de vente publique. Ce droit ne vise que les œuvres graphiques ou plastiques. C'est une redevance que l'auteur perçoit au fur et à mesure des aliénations successives de son œuvre. Ce droit n'est reconnu ni par la législation japonaise ni par la législation américaine. A part la France, il n'existe que dans les pays suivants : Algérie, Allemagne, Belgique, Chili, Italie, Luxembourg, Maroc, Portugal, Tchécoslovaquie, Turquie, Tunisie et Uruguay.

Le droit patrimonial en cas d'œuvres créées par plusieurs auteurs est réglementé sensiblement de la même manière par les trois législations : les co-auteurs doivent exercer leurs droits d'un commun accord. Les contrats de cession ou d'exploitation doivent être passés par tous les co-auteurs. Quant à la rémunération de chacun, elle est, sauf convention contraire, égale à celle des autres. Quand la participation de chacun des co-auteurs relève de genres différents, chacun peut, sauf convention contraire, exploiter séparément sa contribution personnelle sans toutefois porter préjudice à l'exploitation de l'œuvre commune.

Dans certains cas toutefois, l'auteur doit tolérer des exceptions à son monopole d'exploitation de ses œuvres, c'est-à-dire que son autorisation n'est pas nécessaire. Les exceptions au droit de représentation concernent les reproductions destinées à l'usage privé comme par exemple les photocopies faites par un étudiant pour son usage personnel.

Ne nécessitent pas non plus l'autorisation de l'auteur, la reproduction d'articles de journaux destinée à faire une revue de presse ou la reproduction de discours publics. Il en est de même de la reproduction d'œuvre d'art situées dans les lieux publics.

Les exceptions au droit de représentation sont un peu moins nombreuses, elles ne concernent que les représentations d'une œuvre dans le cercle de famille, celui-ci étant entendu de façon assez large.

#### IV - TRANSFERT DU DROIT D'AUTEUR

Le créateur, titulaire originaire du droit d'auteur, peut céder son droit. C'est d'ailleurs, le plus souvent, son intérêt. En effet, peu d'auteurs ont les moyens matériels d'exploiter commercialement leur œuvre et le plus souvent le titulaire du droit d'auteur est amené à céder son droit patrimonial (le droit moral, lui, est inaccessible).

La cession peut revêtir différentes formes : elle peut être révocable ou irrévocable, elle peut être exclusive ou non exclusive.

Dans ce domaine aussi, la nouvelle législation américaine est plus protectrice des intérêts de l'auteur que ne l'était l'ancienne, et elle se rapproche aussi des législations française et japonaise. En effet, selon l'ancienne loi, la cession par l'auteur du support matériel de son œuvre entraînait, à son détriment, une présomption de cession de tous ses droits.

La nouvelle législation américaine s'alignant sur les lois française et japonaise précise que le transfert de propriété du support matériel n'entraîne pas nécessairement le transfert des droits de l'auteur. D'autre part, afin d'éviter les cessions forcées, la nouvelle loi précise que toute cession du support matériel doit être matérialisée par un écrit comportant le consentement de l'auteur.

Enfin, la nouvelle loi américaine prévoit d'une part que l'auteur peut, sous certaines conditions, résilier les transferts de droit d'auteur qui avaient été consentis et d'autre part, elle précise que tous les transferts déjà opérés, et qui peuvent être considérés comme des transferts forcés, sont nuls. Il y a donc ainsi une disposition rétroactive qui permet de protéger les auteurs.

#### V - DURÉE DU DROIT D'AUTEUR

Avant la nouvelle loi américaine, l'une des grandes différences entre les législations française et japonaise d'une part et la législation américaine d'autre part était la durée du droit d'auteur.

En effet, l'ancienne législation américaine prévoyait une durée de protection de 28 ans renouvelable pour une période de même durée ce qui faisait 56 ans ; la nouvelle loi par contre réalise un très grand progrès car elle

s'aligne sur les législations de la plupart des autres pays dont la France et le Japon. C'est ainsi que l'un des principaux obstacles à l'adhésion des États-Unis à la Convention de Berne disparaît.

a - en cas d'œuvres publiées du vivant de l'auteur, les trois législations prévoient la même durée : l'auteur jouit de son droit patrimonial sa vie durant et le droit subsiste pendant l'année civile du décès et les 50 années suivantes ;

b - en cas d'œuvres inédites et posthumes, en cas d'œuvres collectives (œuvres auxquelles ont concouru plusieurs personnes mais éditées par une seule qui peut être une personne morale c.a. d'une Société) le point de départ du délai de 50 ans est la date de première publication de l'ouvrage ;

c - en cas d'œuvres de collaboration : le point de départ du délai des 50 ans est la mort du dernier survivant. Là encore, cette même disposition figure dans les trois législations ;

d - par contre, la législation américaine s'écarte quelque peu des législations française et japonaise dans deux hypothèses : les œuvres anonymes ou pseudonymes et les œuvres de commande ; dans ce cas, en effet, la législation américaine prévoit une protection pour une durée de 75 ans à compter de la première publication ou de 100 ans à partir de la création selon le délai qui vient à expiration le premier.

Alors que pour les œuvres anonymes et pseudonymes les législations française et japonaise prévoient un délai de 50 ans qui court à partir de la première publication de l'ouvrage. La législation japonaise apporte en outre, un certain nombre de précisions : le point de départ retenu ne sera pas la date de première publication, en cas d'œuvre anonyme, si l'auteur a fait enregistrer son véritable nom. La loi japonaise précise en outre que, pour les revues cinématographiques, et photographiques, le point de départ sera la date de première publication dans le cas où l'œuvre n'aurait pas été publiée dans les 50 années suivant son achèvement.

Les législations française et japonaise ont ajouté en cas de prorogation du délai de 50 ans : en cas de guerre le délai est prolongé de la durée de la guerre car ce sont des périodes qui, bien évidemment, ne sont pas propices à l'exploitation des œuvres de l'esprit.

La loi française a également prévu une prorogation spéciale au bénéfice du Centre National des Lettres et qui est de 15 années.

## VI - SANCTIONS DU DROIT D'AUTEUR

Il est important de voir quelles sanctions sont prévues en cas de violation des droits d'auteur. En effet, un droit ne vaut que par la protection qui est assurée en cas de violation de ce droit.

### 1 - Mesures préventives

Aussi bien en France qu'au Japon ou aux États-Unis, il est possible d'agir préventivement, dès que l'on a connaissance de l'infraction, et avant que celle-ci ne soit consommée.

Bien que les modalités d'application prévues par les trois législations soient quelque peu différentes, le principe est le même : quand l'auteur a de bonnes raisons de croire qu'il y a reproduction illicite ou contrefaçon de son œuvre, il peut faire saisir les objets litigieux en utilisant une procédure judiciaire rapide (saisie - contrefaçon). Une condition est toutefois mise à l'utilisation à cette procédure : il faut justifier d'un dommage actuel ou du moins très probable.

### 2 - Le délit de contrefaçon

Dans les trois pays, les notions de contrefaçon et de délits assimilés (délict d'objets contrefaits, importation d'objets contrefaits) sont très voisines.

On notera par ailleurs que la nouvelle loi américaine dispose que l'inscription des transferts de titularité au Copyright Office est la condition préalable de poursuite en contrefaçon ; par contre, une fois le document de transfert enregistré, une poursuite en contrefaçon pourra être intentée pour un acte antérieur à l'enregistrement.

Les sanctions pénales sont les suivantes :

En France, le délit de contrefaçon ou les délits assimilés sont punis d'une amende de 360 F à 12 000 F assortie d'une peine complémentaire qui est la confiscation des recettes et du matériel contrefait.

La contrefaçon habituelle est punie plus sévèrement : amende de 800 F à 20 000 F et une peine d'emprisonnement de 3 mois à 2 ans.

Au Japon, la contrefaçon et les délits assimilés sont punis d'une peine d'emprisonnement allant jusqu'à 3 ans ou d'une amende allant jusqu'à 300 000 yens.

Aux États-Unis, le délit de contrefaçon quand il est commis de propos délibéré et dans un but lucratif est puni d'une amende allant jusqu'à \$ 10 000 et (ou) d'une peine d'emprisonnement de un an. Si l'infraction porte sur des droits relatifs aux disques et aux films, la peine est portée à \$ 25 000 et (ou) une peine d'emprisonnement de deux ans. Dans les deux cas, la peine est accompagnée d'une destruction des objets litigieux.

Les sanctions civiles :

Les sanctions civiles sont voisines en France et au Japon. Le système est un peu différent aux États-Unis où le contrevenant doit, soit payer une somme équivalente au préjudice réel à laquelle s'ajoutera tout profit additionnel réalisé par le contrevenant, soit payer des « statutory damages » c'est-à-dire une somme comprise entre \$ 250 et \$ 10 000 selon la décision de la Cour, ladite somme étant portée à \$ 50 000 si l'infraction a été faite de propos délibéré.

Avant que la nouvelle loi américaine ne soit applicable, il n'était pas exagéré de dire que la loi japonaise était plus proche de la loi française que la loi américaine qui était, elle, assez peu protectrice des droits des auteurs.

Avec la loi récente, les États-Unis ont fait un effort non négligeable d'harmonisation allant dans le sens d'une meilleure protection des auteurs.

Les conditions sont maintenant plus favorables pour une adhésion des États-Unis à la Convention de Berne et l'avenir dira si la loi du 19 octobre 1976 en était le signe avant coureur.

## LES PAGES DU CENTRE DE PHILOSOPHIE DU DROIT

### I - RÉSUMÉS DES CONFÉRENCES DONNÉES A LA FACULTÉ DE DROIT ET DE SCIENCE POLITIQUE D'AIX-MARSEILLE (1)

#### SUMMARY.-

*Recapitulation of meetings at the « Philosophy of Law » Center in the Aix-en-Provence Law University.*

*1 - The first meeting shows a compendium of diverse philosophical points of view which have influenced French Jurists.*

*In spite of apparent dissimilitude and apparent irreducible opposition between Positivists and Rationalists it seems there could be a French Law School which joins together François Geny's followers.*

*2 - The second meeting tries to fight some delusions. It is an error to believe there could be some opposition between juridical theory and juridical practice. Those two points of view are complementary.*

*3 - The third meeting describes the evolution of Catholic Church Right, proceeding of reforms, object end aimed at, unrolling of peculiar aspects of that Right conceived solely towards the soul salvation.*

*4 - The fourth meeting treats of Human Rights. It shows how French Revolutionists owing to their excessive individualism had worked out a much too abstracted notion of those rights ; it is advisable to come back to human reality : relationship between human beings starts from the birth.*

(1) Voir la liste complète des conférences organisées par le Centre de Philosophie du Droit de la Faculté de Droit et de Science Politique d'Aix-Marseille, durant l'année universitaire 1980-1981 : R.R.J. 1979-1980, p. 60.

## UNE PRÉSENTATION DES PRINCIPALES ÉCOLES DE PHILOSOPHIE DU DROIT

(Conférence inaugurale du 3 novembre 1980)

par C. ATIAS

### Introduction :

Les deux hypothèses sur lesquelles repose cette présentation :

1 - Existence possible d'une discipline dite philosophie du droit.

Vérification : il n'y a pas de droit sans une philosophie pour le guider ou le fourvoyer. En effet, l'application du droit, comme son élaboration (les deux démarches peuvent-elles être radicalement distinguées ?), suppose des choix multiples.

Comment choisir ? Référence

- aux textes réguliers
- à la Justice
- à l'opinion publique

Ce choix fondamental est d'ordre philosophique.

2 - Existence actuelle de plusieurs philosophies du droit. Explication : difficulté de la synthèse de toutes les réponses à des questions aussi complexes que nombreuses.

- Qu'est-ce que le droit ? Règles, solutions et pratiques.
- D'où vient le droit ? Choix, individuel ou collectif, conscient et raisonnable ou spontané, voire automatique ; Nature, Dieu, État !
- Où le droit puise-t-il son efficacité ? Adhésion aux règles, peur du gendarme ou de la révolution ?
- Pourquoi et comment le droit évolue-t-il ? Loi de progrès ou déclin ou phénomène de pendule ? Est-il possible de porter un jugement sur le droit ?

Pour répondre à ces questions, les principales écoles de philosophie du droit oscillent entre deux tendances classiquement repérées par les philosophes : déterminisme et finalité.

### A - LES POSITIVISTES

Recherche du (d'un) réalisme : se limiter aux faits observables (A. COMTE). Quels faits ?

#### a - Le positivisme juridique

Demolombe, Aubry et Rau, Capitant, Jèze, Carré de Malberg : des ennemis de la philosophie du droit ?

Le droit, comme science, étudie les textes émanés du législateur (d'où celui-ci les déduit-il ? Peu importe).

L'interprète, serviteur de la loi et donc de l'État ?

Critiques :

- danger de se refuser à juger le droit étatique;
- méconnaissance de l'inévitable distance qui sépare (pour la plus grande liberté de l'interprète) la règle de la solution.

D'où l'idée du normativisme de Kelsen ! Par delà la hiérarchie des normes fondées par une norme fondamentale qui n'est supposée (et non posée) que pour donner son équilibre à l'ensemble, il y a une *politique juridique* qui échappe à la théorie pure du droit (à la science), mais demeure à la marge du système pour en permettre l'évolution.

b - *Le positivisme social*

1) Marxisme. Deux philosophies successives :

- philosophie de la guerre sociale inévitable et souhaitable,
- philosophie de la paix sociale juste et définitive.

Du dynamisme au statisme, le passage se fait par la dictature du prolétariat, révolution *morale*.

2) Sociologisme :

L. Duguit : Le droit, création de la société. Comp. le recours actuel aux sondages d'opinion : idée qu'il y a, au-dessus du législateur, un droit qui se dégage des réactions sociales à certains comportements.

Évolution de la pensée de Duguit : référence ultérieure au « sentiment de la Justice ».

## B - LES RATIONALISTES

Éléments communs : confiance en la raison humaine et en la possibilité d'une amélioration du droit.

a - *Rôle de la raison dans la formation du droit.*

Après F. Gény, découverte des trois phases de la formation du droit.

Science : constatation des données (remarquer le déplacement de la science par rapport au positivisme juridique).

Politique : démarche masquée dans la présentation de F. Gény qui se référerait seulement à l'idéal, au moral et au rationnel, comme procédés de *choix* des buts de la règle (V. notamment J. Dabin).

Technique : construction (c'est-à-dire notamment formulation) de la règle.

Libertés du législateur et de l'interprète : caractéristiques de l'École Française de Droit au XX<sup>e</sup> siècle.

b - *Mission de la raison dans l'amélioration du droit.*

Trois tendances :

- Saint Thomas : la raison humaine, à la recherche de la loi divine, ne peut découvrir que la loi naturelle qui en est le reflet. Reconnaissance unanime de sa variabilité, mais désaccord sur son contenu.

- Kant : la raison humaine, définitivement coupée de la réalité, ne peut découvrir un droit naturel devenu purement humain, qu'a priori (raison pure, sans espoir de vérification expérimentale). D'où l'étendue du pouvoir du législateur ! V. J.-J. Rousseau.

- François Gény : croyance forcenée en la possibilité d'amélioration du droit ; nécessité de jugements de valeur guidés par la prépondérance avérée du donné rationnel.

Est-il permis de croire que, la plupart des Maîtres du droit d'aujourd'hui se retrouvent dans cette idée que les exigences les plus évidentes de la nature humaine finiront par se découvrir progressivement.

Georges Ripert, qui se disait et se voulait pourtant positiviste, écrivait que le droit déclinerait si n'était pas maintenue « dans le jeu des forces sociales, la valeur des règles morales sur lesquelles ce droit a été construit ». Avec lui et après lui, ne pourrait-on pas rassembler des voix suffisamment concordantes pour constituer L'ÉCOLE FRANÇAISE DE DROIT.

## BIBLIOGRAPHIE

Archives de Philosophie du Droit, t.7, Sirey 1962 : « Qu'est-ce que la Philosophie du Droit ? ».

H. BATTIFFOL, La Philosophie du Droit, P.U.F., Que sais-je ? n. 857, 3<sup>e</sup> éd., 1966.

A. BRIMO, Les Grands Courants de la Philosophie du Droit et de l'État, 3<sup>e</sup> éd., Pedone, 1978.

J. DABIN, Théorie générale du droit, Dalloz, 1944.

G. FASSO, Histoire de la Philosophie du Droit, trad. C. ROUFFET, L.G.D.J., Bibl. de Philosophie du Droit, vol. XX, 1976.

M. VILLEY, La formation de la pensée juridique moderne, cours d'histoire de la philosophie du droit, Montchrestien, 1975.

## LES GRANDES ÉCOLES DE PHILOSOPHIE DU DROIT

Désignation de l'École	Le maître	Caractéristiques de sa pensée	Principaux disciples
THOMISTE	Saint-Thomas (1226-1274) né à Rocca Serra mort à Maenza	Influence aristotélicienne Raison - Droit naturel, entre la loi humaine et la loi divine. Bien commun (Fruition de Dieu)	Le Fur. G. Renard. Cathrein. M. Villey. R. Marcic. H. Batiffol.
du Droit de la Nature et des Gens	H. Grotius (1583-1645) né à Delft Pufendorf (1632-1694)	Raison - Volonté - Droit naturel « tellement immuable qu'il ne peut être changé même par Dieu ». Pacta sunt servanda	Thomassius. Savigny. Puchta. Windscheid.
KANTIENNE	E. Kant (1724-1804) Koenigsberg	Rationalisme criticiste : recherche des conditions de la connaissance humaine, limitée. Droit naturel reconnu a priori par la raison pure.	Stammler. Del Vecchio.
HEGELIENNE	Hegel (1770-1831)	État, source de la liberté concrète. Rationalisme absolu (illimité) dialectique.	J. Walh, Kojeve, E. Weil, Binder, Larenz.

Désignation de l'École	Le maître	Caractéristiques de sa pensée	Principaux disciples (1)
SOCIOLOGIQUE	Saint-Simon (1780-1865) A. Comte (1789-1859) L. Duguit (1859-1928) M. Weber (1864-1920)	Le droit, comme fait social observable. Création sociale s'imposant aux gouvernants (Duguit). Phénomène social en voie de rationalisation progressive (Weber).	G. Scelle.
MARXISTE	K. Marx (1818-1883)	Superstructure, produit de l'infrastructure économique et sociale. Dialectique matérialiste - Lutte des classes.	
POSITIVISTE	A. Comte (1789-1859)	Droit = Loi. Refus de toute métaphysique. Recherche de l'intention du législateur. Exégèse.	Bugnet, Laurent, Demolombe, Aubry et Rau, Beudant, Capit- tant, Jèze, M. Waline, Carré de Malberg, Ripert.
NORMATIVISTE École de Vienne	H. Kelsen (1881-1973) né à Prague	Hiérarchie des normes, à partir de la norme hypothétique fondamentale, source de validité. Théorie de la connaissance juridique (spécifique). Formation du droit par degrés.	Ch. Eisenmann. R. Capitant, G. Burdeau.
PHENOMENOLOGIQUE	Husserl (1859-1938) A. Reinach	Recherche d'un droit a priori par intuition de l'essence des propositions juridiques.	P. Amselek.
École française du XX <sup>e</sup> siècle	F. Gény (1861-1959)	Science-technique ; idéal ; droit rationnel	J. Carbonnier

(1) Nous avons procédé à un classement, purement indicatif à l'intention des étudiants débutants et nécessairement arbitraire, de ces disciples. Nous prions les intéressés de nous en pardonner.

## THÉORIE ET PRATIQUE JURIDIQUES

(Conférence du 10 novembre 1980)  
par C. ATIAS

Justifications du sujet :

- une querelle classique entre les juristes universitaires et les juristes d'application,
- une étude de Kant : « Sur l'expression courante : il se peut que ce soit juste en théorie, mais en pratique cela ne vaut rien » (1793, trad. L. Guillermit, 4<sup>e</sup> éd. Vrin, 1980).

Définition du sujet :

- Définitions générales des termes : cf. Kant, op. cit., p. 11.
- Définitions juridiques des termes : la théorie regroupe les œuvres doctrinales, mais ne faut-il pas y intégrer la loi qui est générale, abstraite et synthétique ? (Comp., par exemple, E. Gaudemet, *Théorie générale des obligations*, Sirey, 1965, p. 416 : « théorie légale »).

Y a-t-il, peut-il y avoir, un divorce entre cette théorie-là et la pratique judiciaire, notariale... ?

### A - L'OPPOSITION PRATIQUE DE LA THÉORIE ET DE LA PRATIQUE

Un constat :

- a - Des règles non appliquées.
  - 1) règles inexistantes : erreur théorique.
  - 2) règles ineffectives : elles peuvent conserver une valeur notamment pédagogique ; de plus, l'ineffectivité est ambiguë et est difficile à mesurer et à interpréter.
- b - Des règles mal appliquées.
  - 1) règles déformantes : exceptions l'emportant sur le principe (même remarque que dans le cas précédent).
  - 2) règles incomplètes : exemple des considérations fiscales.

### B - L'ASSOCIATION THÉORIQUE DE LA THÉORIE ET DE LA PRATIQUE.

Analyse conceptuelle. Le divorce est apparent, mais la théorie juridique ne peut se détacher de la pratique, sans se nier elle-même ; et la pratique remplit inévitablement un rôle théorique.

- a - La nature pratique de la théorie juridique.
  - 1) la règle de droit gouverne. Le critère du bon droit, ce n'est pas d'être conforme à la pratique.
  - 2) La règle de droit éduque. Elle emporte réprobation ou acceptation des comportements qu'elle condamne ou tolère.
- b - Le rôle théorique de la pratique juridique.
  - 1) Fonction de vérification expérimentale.
  - 2) Fonction d'imagination.

La recherche du juste ne peut se faire que dans la collaboration théorie-pratique hors de laquelle il n'y a pas de droit.

V.N. BOUKHARINE, *Théorie et pratique du point de vue du matérialisme dialectique* : *Dialectiques*, n. 13, p. 89.

## LE DROIT CANONIQUE SES SOURCES ET SA RÉFORME

(Conférence du 24 novembre 1980)  
par M. l'abbé ROMERO

Définition du droit canonique : ensemble des lois proposées, établies et approuvées par l'autorité ecclésiastique suprême.

- Sources : lois révélées, règles de discipline ecclésiastique, règles empruntées au droit profane ou moderne, romain canonisées.
- Autorité ecclésiastique : le Pape et les conciles, pour toute l'église ; les Evêques, dans leurs diocèses.
- Sujets : l'ensemble des baptisés.
- Buts : le salut éternel et l'évangélisation.

### A - LE DROIT POSITIF

1 - Sa philosophie n'est pas seulement morale, car il a aussi pour objet les actes extérieurs. Mais la norme canonique n'est pas purement extérieure : elle cherche la bonne disposition intérieure. Ce droit n'est pas une fin en soi ; d'où sa souplesse et son souci de rendre l'homme meilleur. Il est un instrument de communication ecclésiale et de salut des âmes.

2 - Codification.

Nombreux essais depuis les Constitutions apostoliques du III<sup>e</sup> siècle jusqu'aux travaux de la Commission de codification de Pie X (1904) qui débouchent dans la promulgation, en 1917, par Benoît XV, d'un Code de 2414 canons ou articles (règles générales ; personnes ; choses ; i. e. sacrements, contrats, édifices... ; procès ; délits et peines). Mille articles ont été abrogés ou modifiés depuis 1917. Le Concile œcuménique Vatican II demande une révision du Code.

- 1959 : Commission de révision (Jean XXIII).
- 1969 : Débuts des travaux.
- 1972 : Avant-projet soumis à tous les évêques du monde.
- 1980 : projet soumis au Pape Jean Paul II.



**B - LA RÉFORME**

1 - Quelques options marquantes : 1440 articles divisés en 7 livres.

- Déclin du territoire comme critère de compétence (diocèses, personnels...).
- Renforcement du rôle de coordination des Conférences Épiscopales, tout en évitant l'apparence d'une Église nationale ou continentale.
- Reconnaissance du droit d'association à tous les fidèles.
- Promotion des laïcs.

2 - Les principales caractéristiques du droit nouveau sont les suivantes :

- Renforcement de la technicité juridique du droit canonique : création d'une hiérarchie des sources.
- Principe de légalité.
- Co-responsabilité ecclésiale : participation active de tous à la mission de l'Église ; chacun des fidèles (égaux entre eux) a sa part dans cette mission.
- Collégialité des évêques.
- Subsidiarité.
- Nature pastorale du droit ecclésiastique.

Il faut également noter que l'Église n'est pas une société démocratique, en ce que ses règles ne peuvent émaner de la volonté populaire. Le titulaire du pouvoir n'est pas le Peuple de Dieu. Les Pasteurs ne représentent pas le Peuple ; ils représentent le Christ. C'est de lui que les Pasteurs reçoivent leurs pouvoirs. L'Église est constitutionnellement hiérarchique.

En définitive, pour comprendre la fonction assignée au droit canonique, il faut se souvenir de ce qu'en disait le Pape, au Congrès international de droit canonique (13 octobre 1980) :

« *Le droit ecclésiastique peut et doit pénétrer et entraîner le droit des hommes* ».

## LES DROITS DE LA PERSONNE COMME FINALITÉ DU DROIT

(Conférence du 8 décembre 1980)

par le Père Ph. ANDRÉ VINCENT, o.p.

La conception des vrais *droits de l'homme* ne peut être élaborée qu'à partir de deux constatations essentielles :

- l'écrasement des personnes par un État inspiré par la dialectique totalitaire
- l'origine de cette manipulation : l'individualisme absolu qui, en voulant proclamer une fausse dignité de l'homme considéré isolément, le dénude et le dénature.

L'homme défini par le droit occidental moderne est un « homme qui n'existe pas » (K. Vasak). Mais il y a une autre tradition juridique à consulter : celle du droit naturel classique d'Aristote à Montesquieu (et à Michel Villey).

### A - LES DROITS DE L'HOMME, COMME DROITS SUBJECTIFS D'UN SUJET ABSOLU

Ce sont les droits de l'homme au sens de la Déclaration des droits de 1789 (spécialement articles 1 et 2).

L'homme qui est ici envisagé, c'est celui du Contrat social : sans père, ni mère. C'est un souverain doté d'une volonté toute puissante, créatrice de toutes les relations sociales.

D'où l'origine assignée à la société ! La renonciation de ces volontés souveraines : de cette abdication des volontés individuelles résulte la volonté générale qui s'exprime dans la loi. La société des hommes procède de ce vouloir. (Ils ont eu le choix entre leur splendide isolement et la vie en société qu'ils ont décidé de créer).

Dans cette analyse, la loi apparaît comme la créatrice des relations sociales : elle contient le droit : elle le crée. Elle serait la sauvegarde des droits naturels : la seule...

En réalité, cette vision de l'homme et de la société sonne le glas des droits naturels. Toutes les relations entre les hommes étant conçues comme purement volontaires, la notion de nature, de nature humaine perd toute sa consistance. Quel est cet homme qui s'est fait soi-même et qui est le créateur de la société des hommes ? La réalité répond : il n'existe pas.

### B - LES DROITS DE L'HOMME, DROITS OBJECTIFS D'UN SUJET EN RELATION

Il s'agit de concevoir les droits d'un homme qui existe.

1 - L'homme qui existe est caractérisé par une relation primordiale, antérieure à sa liberté ; celle de tout être humain à ses parents. Cette relation apparaît dès la conception, dès la naissance. Il y a là un lien *ontobiologique* d'où découle immédiatement une *relation de justice* : il y a en effet « quelque chose dû » à tout être humain par ses « auteurs » : ce droit primordial découle d'une ordination de nature qui est fondatrice pour la famille et pour la société ; il est indépendant de la volonté (individuelle ou générale) : c'est un dû naturel, un droit objectif naturel, constitutif d'une relation naturelle de justice.

2 - Sur l'objectivité de cette relation et de ce droit se fondent les droits subjectifs nés de l'obligation naturelle des parents. Les droits de l'homme, tel que le droit à la vie, expriment le rapport de ces droits subjectifs à leur fondement objectif. On pourrait faire la même analyse pour les autres droits fondamentaux (à la culture, à l'éducation, au travail, etc.) en étendant à la société entière la relation fondamentale de l'être humain à ses parents.

3 - Le droit subjectif, s'il est un élément essentiel de la condition des hommes en société, ne peut dès lors apparaître que comme un élément second dans l'ordre juridique. Il se fonde sur l'objectivité d'une relation de justice entre deux ou plusieurs personnes, relation fondée sur la chose due par l'un à l'autre.

4 - Les droits de l'homme, droits naturels, doivent être compris comme des buts objectifs de justice, même s'ils sont formulés comme des droits subjectifs par les Déclarations. Ils désignent des droits objectifs fondamentaux découlant de l'ordre naturel des choses, les personnes étant les fins de cet ordre.

## SOLJENITSYNE

Fiche n° 4

FACULTÉ DE DROIT ET DE SCIENCE POLITIQUE D'AIX-MARSEILLE  
CENTRE DE PHILOSOPHIE DU DROIT  
Université de Droit, d'Économie et des Sciences d'Aix-Marseille

### NOTE DE LECTURE

**TITRE :** L'ERREUR DE L'OCCIDENT.

Traduction N. Struve, G. et J. Johannet, Grasset, 1980, 127 pages.

**AUTEUR :** A. SOLJENITSYNE.

- École de pensée déclarée ou perceptible : anticommuniste, nationaliste, chrétien, kantien.

**THEME PRINCIPAL :**

Dangers du communisme.

Rapports avec le nationalisme et la religion russes.

Responsabilité de l'Occident.

**GENRE :** essai de morale politique.

**APPORT BIBLIOGRAPHIQUE :**

CHAFAREVITCH : Le phénomène socialiste, Seuil.

SOLJENITSYNE : Du repentir et de la modération comme catégories de la vie des nations, in Des voix sous les décombres, Seuil, 1974, not. p. 110 à 148.

### MOTS-CLÉS

Antisémitisme : p. 60, 79, 97.

Autoritarisme : p. 107-108.

Berlin 1953 : p. 51.

Code criminel (art. 58) : p. 46.

Concepts sociaux : p. 110-111.

Complicité Occident-Soviétiques : p. 85.

Détente : p. 123.

Église : p. 59, 73, 100, 114.

Grève : p. 66.

Hobbes : p. 42.

Humanisme : p. 30.

Impérialisme : p. 49-50.

Kissinger : p. 55-56.

Liberté de la Presse : p. 117-118.

Loi : p. 111.

Messianisme : p. 66, 75.  
 Méthode marxiste : p. 39.  
 Nationalisme : p. 19, 33, 59, 66, 69, 70, 78, 84, 93.  
 Nature du communisme : p. 17, 88-89.  
 Politburo : p. 13, 54, 57.  
 Principe d'humanité : p. 126.  
 Rousseau : p. 42.  
 Russie : p. 21, 31, 32, 59.  
 Science historique soviétique : p. 36.  
 Situation économique : p. 72, 77.  
 Staline : p. 45.  
 Totalitarisme : p. 107-109.

### PLAN

- p. 8 I - COMMUNISME :  
 Ce qui crève les yeux, quand le comprendra-t-on ? Vermont  
 janvier 1980.
- p. 27 II - Du danger que fait courir à l'Occident son ignorance de la Russie.  
 p. 29 - Deux erreurs au sujet du communisme.  
 p. 32 - La Russie et l'U.R.S.S.  
 p. 35 - L'incompréhension des spécialistes.  
 p. 52 - L'incompréhension des informateurs.  
 p. 68 - La Russie jetée à terre.  
 p. 78 - Quand le communisme enfourche la monture du nationalisme.  
 p. 87 - Une kyrielle d'erreurs.  
 p. 101 - Ma tentative d'adresser une « lettre aux dirigeants ».  
 p. 113 - Éclaircir les idées.  
 p. 122 - A l'avant-dernière ligne.

Vermont février 1980.

### MENDRAS

Fiche n° 5

FACULTÉ DE DROIT ET DE SCIENCE POLITIQUE D'AIX-MARSEILLE  
 CENTRE DE PHILOSOPHIE DU DROIT  
 Université de Droit, d'Économie et des Sciences d'Aix-Marseille

### NOTE DE LECTURE

**TITRE :** LA SAGESSE ET LE DÉSORDRE.  
 FRANCE 1980.

**AUTEUR :** Sous la direction de H. MENDRAS

#### THÈME PRINCIPAL :

Déterminisme sociologique : progrès.  
 Consensus social étendu constaté en France actuellement.  
 Augmentation de la liberté.  
 Tolérance accrue.  
 Redécouverte des nécessités sociales « naturelles ».

Un bilan de la société française, 13 ans après « Tendances et volontés de la société française » (Colloque de la Société française de sociologie, 1965).

#### MOTS-CLÉS

ANPE : p. 358.  
 Associations : p. 271, 353.  
 Armée : p. 195.  
 Classe : p. 33, 81, 186, 262, 275-276, 349, 371.  
 Collectivités locales : p. 329, 351.  
 Consensus : p. 45, 61, 304-305, 315, 399.  
 Crise : p. 214, 219, 226, 242, 244, 323, 348, 371, 392.  
 Décideur : p. 353 ets., 373.  
 Détermin. sociolog. (ex) : p. 244.  
 Droit naturel : p. 375.  
 Droite et gauche : p. 289.  
 Égalité : p. 92, 125, 262.  
 Égalité des sexes : p. 40-43  
 Église : p. 219.  
 Évolut. du Droit : p. 59, 264.  
 Évolut. des mœurs : p. 151, 157, 163, 164, 169, 229, 240, 242, 264, 276, 315, 379.  
 Fait et droit : p. 30, 393-394.  
 Famille : p. 246.  
 Femmes : p. 101.  
 Fondement du droit : p. 285.

Hétérogénéité de la soc. : p. 174, 280.

Identité : p. 29, 32, 275, 280.

Innovation : p. 383.

Intérêt général : p. 398.

Jeunes : p. 129.

Lutte des classes : p. 33, 102, 186, 233, 283, 402.

Marxisme : p. 250, 349, 352.

Modèle : p. 285.

Partis : p. 339.

Patrimoine : p. 30, 260.

Pouvoir : p. 284.

Pluralisme : p. 58, 60, 98.

Presse : p. 381.

Progrès : passim. p. 393.

Propriété : p. 30.

Référent : p. 223, 233, 242, 251.

Régime pol. : p. 289.

Régionalisme : p. 329, 344.

Travail : p. 73, 94, 389, 402.

Transports : p. 362.

Urbanisation : p. 228, 238, 259, 299, 324.

Valeurs : p. 143, 223, 247-248, 277, 284, 303, 325, 375, 410, 415.

#### PLAN

p. 15 H. MENDRAS : Une figure de la France.

p. 63 G. PAVY : Le retournement de l'année 1965.

#### CLASSES, AGES ET SEXES

p. 81 J. LAUTMAN : Où sont les classes d'antan ?

p. 101 O. BENOIT-GUILBOT, M. MARUANI, F. TERRAY : Domination et révolte des femmes au travail.

p. 129 A. PERCHERON : Se faire entendre : morale quotidienne et attitudes politiques des jeunes.

p. 167 J. PITT-RIVERS : Quand nos aînés n'y seront plus.

#### INSTITUTIONS

p. 195 P. SAINT-MACARY : Vivre l'arme au pied.

p. 219 F.-A. ISAMBERT : Le prêtre, le sociologue et le fidèle.

p. 247 S. CHALVON-DEMERSAY : Aimée ou haïe ; la famille.

p. 271 E. REYNAUD : Le militantisme moral.

#### POLITIQUE ET ADMINISTRATION

p. 289 F. GOGUEL : Culture politique et comportement électoral.

p. 303 F. BOURRICAUD : Improbable et désirable alternance.

p. 329 P. GREMION : Crispation et déclin du jacobinisme.

p. 351 F. DUPUY, J.-Cl. THOENIG : Le marchandage régulateur.

p. 371 M. CROZIER : La crise des régulations traditionnelles.

p. 399 J.-D. REYNAUD : Du contrat social à la négociation permanente.

#### POUVOIRS (REVUE)

Fiche n° 6

FACULTÉ DE DROIT ET DE SCIENCE POLITIQUE D'AIX-MARSEILLE  
CENTRE DE PHILOSOPHIE DU DROIT  
Université de Droit, d'Économie et des Sciences d'Aix-Marseille

#### NOTE DE LECTURE

**TITRE** : LE CONSENSUS (Ce qui divise les Français).  
Revue Pouvoirs, n° 5, 1978.

**AUTEUR** : J. RIGAUD, R. PUCHEU, J. BAECHELER, Ph. BRAUD, ...  
M. DUVERGER, Ch. EISENMAN, J. RIVERO, R. REMOND...

#### THEME PRINCIPAL :

Le consensus : nécessité et dangers, ambiguïté.

Difficultés de mesure.

Conceptions diverses.

**GENRE** : essai thématique et pluraliste socio-politique.

#### APPORT BIBLIOGRAPHIQUE :

BOURDIEU, Les doxosophes, Minit, 1973.

BOURDIEU, L'opinion publique n'existe pas, Les temps modernes, janvier 1973.

BOURDIEU et BOLTANSKI, La production de l'idéologie dominante, Actes de la rech. en sc. sociales, juin 76.

MACHEZAT et SIMON, Classe, religion et comport. polit. FNSP, 1973.

#### MOTS-CLÉS

Afrique : p. 119.

Consensus institutionnel : p. 11-3.

Consensus social : p. 13, 60, 65.

Culture : p. 10, 11, 13, 139.

Effet social d'une loi : p. 117.

Enseignement privé : p. 113.

États-Unis : p. 128.

Étymologie : p. 16 et s.

Fonction politique : p. 69, 71.

Fragilité du Droit : p. 63.

Iidéologie : p. 25, 129.

Intérêt général : p. 24, 47.

Justice : p. 170.

Libéralisme : p. 69.  
 Lutte des classes : p. 36, 43, 72, 78, 102, 106, 129.  
 Majorité : p. 32, 35, 48, 59.  
 Marxisme : p. 7, 49, 76.  
 Pluralisme : p. 27, 34, 40, 42, 44, 45, 47, 53, 67, 109.  
 Règle du jeu : p. 22.  
 Royaume-Uni : p. 141.  
 Socialisation : p. 103.  
 Sondages : p. 32, 87, 93, 145, 191, 192.  
 Sources du Droit : p. 170.  
 Totalitarisme : p. 25, 27, 105-106.  
 Traditionnalisme : p. 107-108.  
 U.R.S.S. : p. 133, 163.  
 Valeurs : p. 9, 30, 31.

### PLAN

p. 7 J. RIGAUD : Réflexions sur la notion du consensus.  
 p. 16 R. PUCHEU : A la recherche du « consensus ».  
 p. 21 J. BAECHLER et alii : Essais de définition.  
 p. 37 Le consensus en France. - Les réponses des partis politiques.  
 p. 57 J. RIVERO : Consensus et légitimité.  
 p. 65 G. BURDEAU : L'État entre le consensus et le conflit.  
 p. 75 C. BUCI-GLUSKSMANN : Consensus et domination.  
 p. 87 O. DUHAMEL : L'étendue des dissensus français.  
 p. 93 P. CHAMPAGNE : Sondages d'opinion et consensus politique.  
 p. 103 L. MOULIN : Socialisation et consensus politique.  
 p. 113 R. REMOND : Consensus et querelle de l'école.  
 p. 118 P. FAVRE : Quelques pistes bibliographiques.  
 p. 119 Ph. DECRAENE : Les sources du consensus dans les États africains.  
 p. 128 S. HOFFMANN : Le consensus américain.  
 p. 133 P. GELARD : Le consensus en Union soviétique.  
 p. 141 J. HAYWARD : Royaume-Uni ou le consensus en crise.

G.R.A.S.C.E.

Fiche n° 7

FACULTÉ DE DROIT ET DE SCIENCE POLITIQUE D'AIX-MARSEILLE  
 CENTRE DE PHILOSOPHIE DU DROIT  
 Université de Droit, d'Économie et des Sciences d'Aix-Marseille

### NOTE DE LECTURE

**TITRE :** LES PROCESSUS COLLECTIFS DE MÉMORISATION  
 (Mémoire et organisation) - Lib. de l'Univ. éd.

**AUTEUR :** Actes du colloque d'Aix-en-Provence  
 G.R.A.S.C.E. - Faculté d'économie appliquée (juin 1979).

#### THEME PRINCIPAL :

Analyse de la mémoire collective.  
 Aspect de l'étude des sociétés.  
 Systémisme.  
 Psycho-sociologie.  
 Théorie de la décision.

Série de communications particulièrement enrichissantes pour le juriste qui entend réfléchir sur le *droit comme processus collectif de mémorisation*.

#### APPORT BIBLIOGRAPHIQUE :

Y. BAREL, Le paradoxe et le système,  
 essai sur le fantastique social, P.U.F. 1979.

#### MOTS-CLÉS

BERGER : p. 86.	Mémoire historique : p. 79.
BERRIEN : p. 16.	Modèle : p. 187 et s.
Choix (et politique) : p. 14, 16-17.	Opinion publique : p. 91.
Communauté : p. 86, 89.	PIAGET : p. 18-20, 26-27, 142 et s.
Compas socio-culturel : p. 94, 102-103.	Positivisme : p. 5.
Conscience : p. 59, 87 et s., 187.	Raison d'État : p. 9.
Culture : p. 86, 88, 93, 100, 167.	Réalité : p. 58, 86, 100, 158, 235.
Événements individuels : p. 97.	Régime représentatif : p. 14-15.
Expérience : p. 56-57.	Reproduction sociale : p. 10.
FESSARD : p. 142.	Sciences sociales (particularisme) : p. 201, 213 et s.
Histoire : p. 78-79.	Scientifique (rôle du) : p. 207 et s.
Information-structure : p. 54.	SFEZ : p. 13, 14, 17, 21.
Informatique : p. 4, 69, 109, 116, 200.	Spécificité : p. 11, 89, 93, 94, 101.
Inné et acquis : p. 154.	Stratégies : p. 10-11, 142, 146, 169.
KRIPPENDORFF : p. 20.	Structures : p. 31, 143.
Langage : p. 57, 135.	Système : p. 13, 15, 93, 187 et s.
LEROI-GOURHAN : p. 21.	Systémisme : p. 5, 87.
Luttes sociales : p. 9, 10, 45.	
Mémoire (déf.) : p. 15-16, 54.	

## PLAN

- p. 1 *Présentation générale*, J.-L. Le Moigne et D. Pascot.
- p. 3 *Mémoire du système en général et de l'organisation sociale en particulier*, J.-L. Le Moigne.
- p. 9 *Mémoire collective et Ruse sociale*, Yves Barel.
- p. 23 Discussion de l'exposé d'Y. Barel, avec des interventions de A. Moles, C.P. Bruter, P. Vendryes, H. Laborit, H. Atlan, J.-C. Tabary, R. Vallée.
- p. 30 *Mémoire collective ; éléments de classification et esquisse de modèle*, C.P. Bruter.
- p. 36 Discussion de l'exposé de C.P. Bruter, avec des interventions de M. Bourgeois, J.-P. Dupuy, J.-L. Rigal, A.K. Hamdad, H. Atlan, A. Moles.
- p. 42 *Le paysage, mémoire collective*, J.-L. Cheylan.
- p. 51 Discussion de l'exposé de J.-P. Cheylan, avec des interventions de A. Moles, R. Vallée.
- p. 54 *Engrammes et programmes*, Henri Laborit.
- p. 60 Discussion de l'exposé de H. Laborit, avec des interventions de H. Atlan, P. Vendryes, C.P. Bruter, J. Stefanini, J.-L. Rigal.
- p. 67 *Logiques de temps*, Luis Farinas del Cerro.
- p. 74 Discussion de l'exposé de Luis Farinas del Cerro, avec des interventions de A. Moles, Y. Barel, H. Tardieu, J.-C. Tabary, R. Vallée, P. Vendryes, M. Bourgeois.
- p. 78 *Tradition orale et mémoire sélective*, Philippe Joutard.
- p. 82 Discussion de l'exposé de Philippe Joutard, avec des interventions de Jean Cloutier, Pierre Livet, C.P. Bruter, A. Moles, J.-P. Cheylan, J.-L. Rigal.
- p. 86 *Mémorisation collective et culture : la notion de compas socio-culturel*, Abraham A. Moles.
- p. 95 Discussion de l'exposé de A. Moles, avec des interventions de C.P. Bruter, J.-L. Rigal, H. Atlan, P. Jarniou, Ph. Joutard.
- p. 99 *Changement culturel et mémoire collective : la notion de compas socio-culturel*, Abdelkader Hamdad.
- p. 106 Discussion de l'exposé d'A. Hamdad, avec des interventions de M. Bourgeois, J.-L. Rigal, H. Atlan.
- p. 109 *Une imprégnation du naturel par l'artificiel : l'émergence en cours des êtres télématiques*, Lucien Gérardin.
- p. 118 Discussion de l'exposé de L. Gérardin, avec des interventions de R. Vallée, A. Moles, J.-L. Rigal, J.-P. Dupuy.
- p. 123 *Aspects mathématiques des processus de perception-mémorisation*, Robert Vallée.
- p. 132 Discussion de l'exposé de R. Vallée, avec des interventions de A. Moles, J.-P. Cheylan.
- p. 134 *Mémoire et auto-organisation*, Henri Atlan.
- p. 138 Discussion de l'exposé de H. Atlan, avec des interventions de C.P. Bruter, P. Bruter, M. Bourgeois, J.-L. Rigal, A. Moles.
- p. 142 *La mémoire humaine : enregistrement du vécu ou reconfiguration structurale des composantes innées*, Jean-Claude Tabary.
- p. 159 Discussion de l'exposé de J.-C. Tabary, avec des interventions de H. Atlan, A. Moles, C.P. Bruter, H. Tardieu, M. Bourgeois.
- p. 167 *Mémoire collective et travail*, Pierre Jarniou.
- p. 171 Discussion de l'exposé de P. Jarniou, avec des interventions de A. Moles, A.K. Hamdad, J. Cloutier, J.-L. Rigal, P. Livet.
- p. 175 *L'usage de la mémoire dans la découverte scientifique*, Pierre Vendryes.
- p. 184 Discussion sur l'exposé de P. Vendryes, avec des interventions de J.-C. Tabary, C.P. Bruter, R. Vallée.
- p. 187 *Environnement et représentation*, Bernard Motulsky.
- p. 191 Discussion sur l'exposé de B. Motulsky, avec des interventions de J.-C. Tabary, H. Tardieu, Y. Barel, A. Moles, M. Bourgeois, P. Vendryes, C.P. Bruter, R. Vallée, J. Stefanini.
- p. 200 *Naissance et connaissance d'une donnée*, Jean-Louis Rigal.
- p. 212 Discussion sur l'exposé de J.-L. Rigal, avec des interventions de P. Vendryes, J.-P. Dupuy, R. Vallée, A. Moles, C.P. Bruter, Y. Barel.
- p. 219 *L'événement et le document*, Jean Cloutier.
- p. 223 Discussion sur l'exposé de J. Cloutier, avec des interventions de Y. Barel, R. Vallée, J.-C. Tabary, C.P. Bruter, R. Vallée, A. Moles, A.K. Hamdad.
- p. 230 *Construction et destruction de la mémoire collective : quelques directions de recherche, en guise de conclusion*, Daniel Pascot et J.-L. Le Moigne.

FACULTÉ DE DROIT ET DE SCIENCE POLITIQUE D'AIX-MARSEILLE  
CENTRE DE PHILOSOPHIE DU DROIT  
Université de Droit, d'Économie et des Sciences d'Aix-Marseille

## NOTE DE LECTURE

**TITRE :** LA DÉCISION MÉDICALE. Essai sur l'art de la médecine.  
Calmann-Lévy, 1980, 230 pages.

**AUTEUR :** LUCIEN ISRAEL

École de pensée déclarée ou perceptible. Humanisme, théoriciens de la décision.

**THÈME PRINCIPAL :**

Application des recherches des théoriciens de la décision à l'art médical.  
La médecine, « art de la décision dans l'incertain ».  
Un essai de réflexion en termes de choix d'objectifs et de moyens :  
un modèle à suivre pour réexaminer le travail du juriste (notamment,  
du juge).

**MOTS-CLÉS**

Chercheurs (typologie du décideur) : p. 105 et s.  
Choix : p. 79.  
Civilisation occidentale : p. 154.  
Cohérence : p. 141.  
Éthique : p. 195.  
Finalité : p. 127, 153 et s.  
Incertitude : p. 31, 47.  
Liberté thérapeutique : p. 101, 189.  
Médecines : p. 218 à 220.  
Méthode législative : p. 126 (par comp.).  
Modèles expérimentaux : p. 51.  
Non-droit : p. 189.  
Politique : p. 194, 204, 218.  
Pouvoir médical : p. 122.  
Programme : p. 126.  
Sélection des médecins : p. 203 et s.  
Spécificité médicale : p. 47 à 50, 228.  
Statistique : p. 70.

## PLAN

- p. 21 Chap. 1 De quelques dimensions non thérapeutiques de la médecine.  
 p. 31 Chap. 2 Dimensions de l'incertitude thérapeutique.  
 p. 45 Chap. 3 La médecine, discipline autonome.  
 p. 57 Chap. 4 Médecine de recherche ou médecine des individus.  
 p. 75 Chap. 5 Exemples de décision dans l'incertain en thérapeutique  
 cancérologique.  
 p. 105 Chap. 6 Petite étude phénoménologique de la décision médicale.  
 p. 125 Chap. 7 Une lecture médicale de la théorie de la décision.  
 p. 153 Chap. 8 Sur les finalités de la médecine.  
 p. 193 Chap. 9 Améliorer la décision, améliorer les décideurs.  
 p. 217 Chap. 10 L'art de la médecine.

### III - UN THÈME DE RECHERCHE L'ITINÉRAIRE LÉGISLATIF (suite)

*Sur le thème de l'itinéraire législatif, proposé aux lecteurs de cette revue dans le précédent numéro (V-8, p. 69 et 70), les premières réflexions et observations commencent de nous parvenir ; les unes nous ont été adressées par courrier, les autres ont été présentées lors de réunions (\*) qui se sont tenues à l'initiative du Centre de Philosophie du Droit de la Faculté de Droit et de Science Politique d'Aix-en-Provence. Nous tentons ici une première synthèse sur un des secteurs de notre thème de recherche : LA DOCTRINE DANS L'ITINÉRAIRE LÉGISLATIF.*

#### Summary.

*We suggest to our readers to give us their opinions on Law Professors works. Today, are the authors associated to the creation of laws ? Do they think they could improve laws ? In France, nowadays, it is not absolutely sure. We try to discover the reasons why.*

#### 1 - Origine et formulation du débat.

Après une période approximativement située entre 1880 et 1930, où la doctrine juridique est particulièrement florissante, son engagement politique certain, où les auteurs marquants (Gény, Planiol, Ripert, Duguit, Hauriou...) n'hésitent pas à formuler des valeurs et à prendre part au fait politique, un effacement de son rôle dans l'élaboration des politiques juridiques semble se manifester aujourd'hui.

Ce recul - les termes devant être précisés - est révélé par le cantonnement de la doctrine dans l'interprétation du droit et, plus précisément, de la jurisprudence : dans « l'arrêtisme ».

De ce constat, résultent plusieurs questions :

- 1 - Faut-il parler de doctrine juridique au singulier ou au pluriel ?
- 2 - La doctrine revêt-elle autant d'importance et connaît-elle la même évolution dans toutes les branches du droit ?
- 3 - La doctrine prend-elle part aux choix des politiques juridiques ? Selon quelles modalités ?
- 4 - Quels sont les facteurs explicatifs du « déclin » de la doctrine juridique ?
- 5 - Faut-il parler de crise de la doctrine, de crise du droit ou de crise du milieu juridique ?
- 6 - Pourquoi les auteurs écrivent-ils ? Serait-ce :
  - Pour décrire les solutions consacrées par lois et jurisprudence.
  - Pour clarifier ces solutions.
  - Pour les intégrer à l'ensemble du système juridique et les rendre cohérentes entre elles.

(\*) Ont participé à ces réunions MM. Atias, Chérot, de Gantès, Jourdan, Linotte, Mouly, d'Onorio, Sériaux.

- Pour construire les règles et les principes, ainsi que les notions de nature à expliquer et à fonder ces solutions.
- Pour critiquer (pro et contra) ces solutions.
- Pour contribuer à l'amélioration du droit.

## 2 - Une hypothèse hors débat.

S'il est vrai que de nombreux représentants de la doctrine, notamment universitaire, ont participé, dans la période récente, à la préparation des réformes les plus importantes (Code civil, Code de procédure civile, Code pénal...), ils ne sont pas intervenus alors en hommes de doctrine. En effet, les auteurs qui ont eu l'honneur d'être choisis par les pouvoirs publics n'ont pas été chargés d'exprimer une opinion autorisée *sur* le droit, mais de préparer son élaboration. Dans la présentation traditionnelle du rôle de la doctrine, les deux positions sont incomparables. Il est, d'ailleurs, notable que ces rédacteurs des textes soumis aux autorités constituées ne se soient pas estimés libres de choisir les objectifs de la législation à concevoir (1).

Par conséquent, cette association de certains juristes à l'établissement d'avant-projets de réformes ne paraît pas devoir être étudiée au titre de l'activité doctrinale. Elle ne doit pas créer d'illusion sur l'importance véritable de la doctrine dans l'itinéraire législatif.

## 3 - En position de retrait.

La doctrine juridique est traditionnellement définie par deux caractéristiques complémentaires. En premier lieu, elle a vocation à émettre des *jugements de valeur* : « les ouvrages de doctrine proprement dits se placent à un point de vue scientifique ; ils ne se contentent pas d'exposer les règles légales ou les décisions de jurisprudence ; ils les analysent, les commentent, les soumettent à la critique de leur observation ou de leur raisonnement... » (2). En second lieu, ces jugements de valeur sont placés en marge du droit ; tout se passe comme si ces opinions étaient largement indifférentes à la formation du droit. La preuve en est de la distinction fermement et clairement maintenue entre l'interprétation du droit et la critique législative (3). Il n'est pas permis de laisser une opinion personnelle sur ce que devrait être la règle influencer l'interprétation de la disposition écrite. La première qualité de l'interprète n'est-elle pas la fidélité ? L'autorité doctrinale ne s'exerce guère, semble-t-il, que dans les interstices du droit promulgué ou décidé, dans le silence des sources du droit : « le domaine où la doctrine a le plus d'influence est celui où il n'y a pas encore de jurisprudence formée » (4).

(1) Cf. J. CARBONNIER, La question du divorce, Mémoire à consulter : D.S. 1975, Chr. XX, spécialement p. 115 et p. 117, B : Hypothèse de travail.

(2) A. WEILL et F. TERRE, Droit civil, Introduction générale, Dalloz, 4<sup>e</sup> éd., 1979, n° 230, p. 245 ; également, n° 229, p. 245. - J. CARBONNIER, Droit civil, t.1, Introduction, P. U.F., 12<sup>e</sup> éd., 1979, n° 35, p. 169. - G. CORNU, Droit civil, t.1., Montchrestien, 1980, n° 451 et 452, p. 176. - H., L. et J. MAZEAUD, Leçons de droit civil, t.1, 1<sup>er</sup> vol., Montchrestien, par F. CHABAS, 1980, n° 99, p. 134.

(3) G. CORNU, op. cit., n° 450, p. 175 et n° 217 à 222, p. 94 à 96.

(4) J. CARBONNIER, op. cit., n° 35, p. 170.

Autrement dit, la doctrine paie sa liberté en se cantonnant dans un discours *sur* le droit : sauf cas particuliers, elle ne participe pas, ne veut pas participer à sa formation.

## 4 - Premiers essais d'explication.

Le souci de la doctrine de demeurer en position de retrait par rapport à la formation du droit mérite réflexion : il est loin de relever de l'évidence.

1) Explication d'ordre juridique. La première justification qui vient à l'esprit est d'ordre constitutionnel. La constitution détermine rigoureusement les sources du droit ; la doctrine ne figure pas parmi les autorités investies du pouvoir de poser des règles de droit.

Au cours de la discussion, l'opinion a été émise que l'argument serait beaucoup moins décisif qu'il n'y paraît à première vue, et ce pour deux raisons. En premier lieu, il n'est pas possible d'opposer, du point de vue qui nous occupe, doctrine et jurisprudence. Cette opposition se justifie s'il s'agit de décisions individuelles, de solutions ; le juge bénéficie de l'autorité de chose jugée qui n'appartient évidemment pas aux opinions doctrinales. En termes, non plus de solutions, mais de règles, cette opposition n'a plus de justification. Les juges n'ont qu'un moyen pour passer de la solution à la règle ; seule la qualité de leurs raisonnements leur permet de *convaincre* et de provoquer l'imitation de leurs positions. En cela, ils n'ont aucune prééminence sur la doctrine. Les tribunaux ne figurent pas davantage que les auteurs parmi les autorités investies du pouvoir de poser des règles de droit. Bien plus, il leur est interdit de statuer par voie générale. Dès lors, il ne suffirait pas, pour marquer la différence entre doctrine et jurisprudence, d'écrire : « une opinion, serait-elle d'un auteur considérable, n'a que de l'autorité, elle n'a pas de normativité... L'opinion n'aura fourni à la règle, légale ou jurisprudentielle, que son élément rationnel. L'élément normatif lui a été rajouté, de l'extérieur, par l'une de ces deux autorités publiques qui ont seules le pouvoir de faire immédiatement des règles » (5). En second lieu, le droit n'est pas contenu tout entier dans la règle, quelle qu'elle soit : entre cette règle et la solution, se maintient une *distance* nécessaire qui interdit de considérer que le pouvoir de poser des règles contient tout le pouvoir de former le droit.

2) Explications d'ordre socio-culturel. La situation personnelle des hommes de doctrine, notamment de ceux de la doctrine universitaire, a considérablement évolué au cours du dernier siècle. La disparition des notables les a incontestablement atteints. De plus, leur façon de travailler s'est modifiée de façon importante ; la spécialisation à laquelle ils ont été acculés leur a fait perdre la hauteur de vue qui leur permettait de porter des jugements d'un poids tout particulier.

Sous la Troisième République, la situation sociale des juristes semble homogène. Ils forment une communauté, sans que pour autant la doctrine

(5) Cf. LOMBOIS, Introduction générale à l'étude du droit, D.E.U.G. 1<sup>re</sup> année, Les cours de droit, 1980-1981, p. 63.



soit monolithique. Leurs opinions sont reconnues autorisées ; elles sont l'expression privilégiée des valeurs sociales conflictuelles. Les juristes sont - et ont conscience d'être - une élite participant activement à la définition des orientations - traduites en droit - de la société. Par ailleurs le droit s'élabore essentiellement dans l'arène parlementaire.

A l'inverse, aujourd'hui, se constate le déplacement des lieux et des instances d'élaboration des normes juridiques. La technicisation du droit serait en étroite corrélation avec l'emprise croissante de la technocratie et l'instrumentalisation du droit résulterait de la substitution de la rationalité technocratique de l'efficacité - utilitarisme juridique - à la rationalité valorisante - mais contraignante - de la légalité.

La loi sacralisée, norme suprême, appelait les controverses doctrinales. La norme juridique dévalorisée implique le désengagement de l'opinion juridique au profit des pratiques de droit appliqué : d'où l'importance accordée aux consultations juridiques par certains représentants de la doctrine ; d'où le concours technique apporté à la rédaction de textes juridiques dont le sens et la portée sont prédéterminés.

Deux hypothèses pourraient en être déduites :

1) Le rôle de la doctrine serait directement proportionnel à l'importance de la loi parmi les normes juridiques écrites... et parmi les normes sociales.

2) Le juriste suivrait dans sa pratique le déplacement des lieux et instances d'élaboration du droit.

Enfin, en étroite relation avec les remarques précédentes, il faut constater la perte de prestige social des juristes. Les causes les plus évidentes de ce phénomène sont : la diversification de leur origine sociale et la perte d'identité communautaire, l'emprise de la critique sociologique puis marxiste du droit et des juristes, l'absence de rôle social privilégié qui résulte, pour eux, de l'idéologie démocratique contemporaine (6).

La société aussi s'est transformée. Il est beaucoup plus difficile, aux hommes publics, de s'y engager sur des valeurs reconnues de tous. Les sociétés actuelles ne sont, sans doute, que partiellement intégrées (Cf. D. SZABO) : les valeurs morales et religieuses ne font plus l'objet d'un accord unanime, même au sein de la classe dirigeante ; et il n'est plus de bon ton d'adhérer publiquement et institutionnellement à un modèle unique présenté comme préférable aux autres. Le souci de ne pas s'engager dans les grandes querelles de l'époque pourrait être une des caractéristiques de la doctrine d'aujourd'hui.

3) Explication philosophique. Le modèle culturel des sciences de la nature a assurément lourdement pesé sur l'évolution des pratiques doctrinales. C'est l'espoir d'une scientificité du droit qui explique, pour beaucoup, le souci de ne pas le faire apparaître comme un libre discours, mais de le présenter comme quelque chose d'extérieur à celui qui l'étudie, comme quelque chose d'objectif. Pour « écarter toute possibilité d'enga-

(6) telle qu'elle est conçue en France au moins.

gement humain dans la détermination de l'objet » du droit (7), il a bien fallu concevoir « un droit déterminé de façon absolue et complète » (8). Le propre du positivisme est de nier la distance qui sépare inéluctablement la règle - droit potentiel et, dans une certaine mesure, hypothétique - de la solution - droit réduit à l'espèce et figé dans l'espèce -. Il faut sans cesse poser la question de la possibilité de concevoir le droit comme un simple objet de connaissance : ne s'achève-t-il (9) pas en s'appliquant ?

##### 5 - Tableau des modes d'intervention de la doctrine dans l'itinéraire législatif.

LES ÉTAPES SUCCESSIVES	LA PARTICIPATION DE LA DOCTRINE
Révélation d'un besoin (apparition de l'idée de ce que doit être la solution).	Recherche du mode de satisfaction (réforme ou non).
Formulation publique.	Facteur de résistance ou de soutien.
Constitution d'un groupe de pression (de plusieurs).	Participation et/ou dénonciation de ces groupes.
Proposition de loi (ou projet).	Formulation : contre-propositions (buts et techniques).
Instances consultatives.	Influences possibles.
Tractations préparatoires.	
Discussion, avant, pendant et après le vote.	Analyse des données. Choix des buts. Choix des techniques.
Promulgation et publication.	
Application pratique.	Droit transitoire et insertion dans le système juridique global.
Application judiciaire.	Orientation.
Réforme.	

(7) H. PALLARD, L'idée d'institution et la nature du phénomène juridique, une description phénoménologique du droit, UER Civilisations, Université de Nice, thèse dactylographiée, 1981, p. 136.

(8) H. PALLARD, op. cit., p. 134.

(9) Le droit n'est fixé que lorsqu'il est appliqué, mais en même temps cette application lui fait perdre certains caractères qui nous paraissent inhérents au droit (potentialité d'application générale ?) ; en cela, il s'achève dans les deux sens du terme (perfection et extinction).

## 6 - Quelques définitions de la doctrine

- J. CARBONNIER, Droit civil, t. I, Introduction au droit, 12<sup>e</sup> éd. 1979, n. 35, p. 167 :

« On entend par doctrine les *opinions* émises par les auteurs dans leurs ouvrages, le droit tel que le conçoivent les théoriciens... « Toute opinion tend à devenir du droit ». La doctrine est une « autorité ».

- G. CORNU, Droit civil, Introduction, Montchrestien, 1980, n. 447, p. 174 :

« La doctrine, au sens large, personnifie l'œuvre des auteurs ».

- Cl. LOMBOIS, Introduction générale à l'étude du droit, Les cours de droit, 1980-1981, p. 61 :

« La doctrine est l'ensemble des opinions, écrites ou non, des spécialistes du Droit »... Elle est « une source médiate du droit ».

- Ph. MALAURIE, Introduction à l'étude du droit, Les cours de droit, 1976-1977, p. 135 :

« La doctrine est constituée par l'ensemble des opinions que les auteurs publient dans leurs ouvrages ».

- G. MARTY et P. RAYNAUD, Introduction générale à l'étude du droit, Sirey, 2<sup>e</sup> éd., 1972, t.I, 1<sup>er</sup> vol., p. 236, n<sup>o</sup> 127 bis :

« La doctrine est constituée par les travaux des juristes, tels que professeurs, magistrats ou praticiens ».

- H. et L. J. MAZEAUD et F. CHABAS, Leçons de droit civil, t.I, 1<sup>er</sup> vol., Montchrestien, 6<sup>e</sup> éd. 1980, n. 99, p. 134 :

« On appelle doctrine, les travaux des jurisconsultes qui, dans leurs écrits, commentent la loi ». La doctrine est, non une source directe, mais une « source d'interprétation de la règle de droit ».

- A. WEILL et F. TERRE, Droit civil, Introduction générale, Dalloz, 4<sup>e</sup> éd., 1979, n. 227, p. 244 :

« On entend par doctrine les opinions émises sur le droit par des personnes qui ont fonction de l'étudier (Professeurs, magistrats, avocats...). Ces opinions sont relatées dans des livres, articles de revues, annotations de décisions de justice, dans l'enseignement, dans des consultations... La notion de doctrine peut, il est vrai, susciter quelque perplexité quant à la détermination des personnes ayant pour fonction d'étudier le droit. On peut estimer qu'il existe une doctrine syndicale en droit du travail. A l'extrême, il appartient à tout citoyen d'étudier quelque peu le droit ».

## VOIR AUSSI :

- G. RIPERT, Les forces créatrices du droit, L.G.D.J., 1955, notamment, n. 28, p. 80, et n. 44, p. 114 et s.
- Par comparaison, A. COURNAND, Qu'est-ce qu'un chercheur ? Rev. Fr. aff. sociales, juillet-septembre 1980, p. 6.
- J.-D. BREDIN, Remarques sur la doctrine..., in Mélanges offerts au Professeur Pierre HEBRAUD (à paraître).

- R. DAVID, Les grands systèmes de droit contemporains, Dalloz, 7<sup>e</sup> éd., 1978, n. 110, 235, 352.
- Adde : R. GRANGER, La tradition en tant que limite aux réformes du droit, Rev. int. dr. comp. 1979, p. 37 et s.

Les définitions ci-dessus rapportées ont bien des éléments communs et quelques points de divergence. Ces dernières invitent - et ce sera l'objet de nos prochaines réflexions - à préciser trois points :

- Qui sont les auteurs qui composent la doctrine ?
- Quels sont les ouvrages qui donnent à la doctrine la possibilité de s'exprimer ?
- Quelles caractéristiques font, d'une opinion, une doctrine ?

Nul doute qu'en approfondissant ces éléments de définition de la notion de doctrine juridique, nous rencontrerons la notion-même de droit et la question de sa genèse, c'est-à-dire celle de l'ITINÉRAIRE LÉGISLATIF.

## BILAN DES RECHERCHES DE DOCTORAT

### *I - Les recherches de doctorat à la Faculté de Droit et de Science-Politique d'Aix-Marseille.*

• **Erratum :**

p. 74 du N. V-8 (1979-1980), *lire* : DROIT DES TRANSPORTS  
Sous la direction du Professeur D. LINOTTE.

- Madame GOUDJO : Les Services de la circulation aérienne (3<sup>e</sup> cycle)  
dépôt 1980 (début).

• **Erratum :**

p. 79 du même numéro, *lire* : SCIENCE POLITIQUE  
Sous la direction du Doyen C. DEBBASCH

- CHEROT Jean-Yves : Doctorat d'État Droit Public.

Le comportement parlementaire. Introduction à l'analyse politique  
contemporaine, déposée le 15 octobre 1975.

Soutenue le 22 mars 1980 (mention T.B.).

• Suite du précédent bilan (V. R.R.J. V-8, p. 71 à 80).

### DROIT CIVIL

*Sous la direction du Professeur P. BONASSIES.*

(thèse de doctorat d'État (Nouveau régime) soutenue en 1981).

• M. DELEBECQUE Philippe : Les clauses allégeant les obligations dans les  
contrats (soutenue le 27 mars 1981 - mention très honorable).

### DROIT DES AFFAIRES

*Sous la direction du Professeur P. BONASSIES.*

Thèses de 3<sup>e</sup> cycle en cours.

• M. MOOLAN : Les pouvoirs des administrateurs et gérants en droits  
mauricien et français.

• M. GIOCANTI : Les clauses de hardship dans les contrats internationaux.

• Mlle GIMBERT : Typologie des contrats de transfert de technologie.

Thèses de doctorat d'État en cours :

- M. DJAVADIAN : Les transferts de technologie dans les contrats inter-  
nationaux iraniens.
- M. LOPEZ : Le statut juridique du mandataire.
- M. NAZARI : La prévention et le règlement des litiges dans les contrats  
franco-iraniens.

Thèses de doctorat d'État (ancien régime) soutenues en 1980-1981.

- M. BOUZANA : Le régime juridique du règlement des contentieux pétro-  
lier et gazier entre l'État algérien et les sociétés étrangères.
- M. KHEIR : La nationalité des personnes morales de droit privé dans le  
système français de droit international privé.

### DROIT COMMERCIAL

*Sous la direction du Professeur P. BONASSIES.*

Thèses de doctorat d'État en cours :

- Mme KHAYAT-FIORI : Le formalisme cambiaire.
- M. TASLIMI : Le fonctionnement des S.A.R.L. en droit français et en  
droit anglais.

### DROIT COMMUNAUTAIRE

*Sous la direction du Professeur P. BONASSIES.*

Relations internationales et communautaires (Thèses du 3<sup>e</sup> cycle en cours).

- Mlle LOESLI : La politique des consommateurs dans la Communauté.
- M. LUISSINT : Les DOM français face aux principes communautaires de  
libre circulation et de libre concurrence.
- Mlle MALA : Les législations protectrices concernant l'emploi des fem-  
mes dans la Communauté.
- M. TAITOURIDIS : Le droit grec de la concurrence.

### TRANSPORTS

*Sous la direction du Professeur P. BONASSIES*

(Thèses de 3<sup>e</sup> cycle en cours).

- Mlle BARBERIS : Le Code de conduite des conférences maritimes.
- M. BARRIÉ : Les polices flottantes d'assurances maritimes.
- M. DUCHARNE : Les problèmes pratiques de l'affrètement au voyage.
- Mlle PICARD : Le rôle du transitaire dans les transports multimodaux.
- M. RUSSO : Le droit des transports combinés.
- Mme DEGROOT : La livraison dans les transports de marchandises.
- M. LOUBIGNAC : Les transports maritimes et la C.E.E.
- Mlle CURÉ : Les problèmes de l'International Transport Fédération.
- Mlle CALÈS : Le conteneur dans les assurances maritimes.
- Mlle DAILLE : Les aspects juridiques de la lutte contre la pollution en  
Méditerranée.
- Mlle REZZOUG : Le droit de la plaisance.

- M. MENDEZ : Le régime juridique du fret.
- M. PELLIER : Les problèmes pratiques de la limitation de responsabilité du transporteur maritime.
- M. GOULONGANE : La politique maritime du Gabon.
- M. FARAHANA : Règlementation et pratique de la manutention maritime au Liban.
- M. SEKOU : La coopération maritime en Afrique de l'Ouest et du Centre.
- M. GUJADHUR : Les transports maritimes à Maurice.
- M. DELSOL : Le connaissement et les transports maritimes.
- M. OUNAÏS : La politique maritime maghrébine.
- Mlle VALLIER : Les transports combinés.
- M. N'DAO : Les difficultés de la pêche maritime au Sénégal.
- M. DAIGLE : Le contrat de transport aérien : étude de droit comparé.
- Mlle PEPRATZ : Crédit documentaire et transport maritime.
- Mlle RIOTTE : La responsabilité de l'armateur.
- M. LOUBAKI : Les problèmes posés par la constitution d'une flotte dans les pays en voie de développement.
- M. BELAZI : Droit et pratique de l'acconage en Tunisie.
- M. LOYA : Le trafic maritime de marchandises franco-ivoirien.
- M. TORCHANI : La limitation de responsabilité du propriétaire de navire.

Thèses de doctorat d'État (ancien régime) en cours :

- Mme JEAN : Le contrat de transport par route.
- M. RAGAB : La responsabilité du transporteur maritime de marchandises en droit égyptien.
- Mme OURBAGHO : Assurance et transport de marchandises.

Thèse de doctorat d'État (nouveau régime) soutenue en 1980 :

- M. BOUSSEDRA Mohamed : La responsabilité aérienne : du risque à la garantie.

Thèse de doctorat d'État (nouveau régime) soutenue en 1981 :

- M. SERIAUX Alain : La faute du transporteur (soutenue le 30 mars 1981 -Mention très honorable).

Thèses de 3<sup>e</sup> cycle soutenues en 1980 et 1981 :

- M. AYACHE Hiram : La navigabilité et le vice caché du navire.
- M. BEN FADHEL : L'évolution des règles de responsabilité en droit maritime tunisien.
- M. KILANI : Les nuisances acoustiques.
- M. KHALAF : Les problèmes juridiques soulevés par l'affrètement des aéronefs.
- Mlle LE BARBIER : Les transports internationaux par navires rouliers.
- Mme M'HIRSSI : Les staries et surestaries en droit français et anglais.
- M. SORENSEN : Les règles de Hambourg (soutenue le 28 mars 1981 -Mention très honorable).
- Mlle ZUIGA : Le pavillon panaméen.

## II - Liste thématique des thèses publiées dans le répertoire raisonné des doctorats d'État en cours

(Fichier Central des thèses de Nanterre - 1980)

### Thème : Droit constitutionnel comparé. Institutions politiques étrangères.

- AL-KHALDY Mofak : L'Évolution des institutions constitutionnelles irakiennes de 1921 à 1976 (Fac. Aix-Marseille III ; Dir. H. Fabre ; dépôt nov. 1976).
- ELGHALY Ibrahim : Rapport de l'exécutif et du législatif dans les États du Maghreb : Tunisie, Algérie et Maroc (Fac. Aix-Marseille III ; Dir. C. Cadoux ; dépôt déc. 1971).
- L'EPLATTENIER Marc : L'Apartheid (l'autodétermination des peuples de la République d'Afrique du Sud), (Fac. Aix-Marseille III ; Dir. C. Cadoux ; dépôt juin 1976).
- ZARAKET Ali : Le système représentatif en Algérie dans la Constitution de 1976 (Fac. Aix-Marseille III ; Dir. M. Flory ; dépôt nov. 1976).
- BENABDALLAH née KABBAGE YEZZA : Le Parlement marocain (Fac. Bordeaux II ; dir. D. Lavroff ; dépôt déc. 1979).
- MAJRI Belgacem : L'adaptation des institutions tunisiennes aux réalités de la société tunisienne contemporaine (Fac. Clermont-Ferrand I ; Dir. R. Chiroux ; dépôt nov. 1976).
- MVOGO Dieudonné C. : L'Expérience des régimes militaires dans les États d'Afrique Noire (Fac. Clermont-Ferrand I ; Dir. R. Chiroux ; dépôt fév. 1978).
- SEDJARI Ali : La fonction idéologique et religieuse de l'Islam dans les institutions marocaines (Fac. Clermont-Ferrand I ; Dir. R. Chiroux ; dépôt janv. 1977).
- ABDELLATIF Mohamed : Le contentieux des élections législatives en droit égyptiens et en droit français (Fac. Dijon ; Dir. M. Fromont ; dépôt oct. 1978).
- BINIGA ATEBA Damien : L'Institution Parlementaire en Afrique (Fac. Grenoble II ; Dir. M. Rousset ; dépôt oct. 1977).
- BA MOHAMMED Najib : Le Parlement marocain (Fac. Lille II ; Dir. H. Cassan ; dépôt avril 1980).
- AL NAKIB MUNAF : Le régime politique de l'État des Émirats Arabes Unis (Fac. Montpellier I ; Dir. G. Desmoulier ; dépôt nov. 1979).
- NAYERI Bijan : La révolution constitutionnelle en Iran (Fac. Montpellier I ; Dir. G. Desmoulier ; dépôt nov. 1979).
- SAYYAD Ahmed : Les régimes politiques du Yemen contemporain (1918-1978) (Fac. Montpellier I ; Dir. G. Desmoulier ; dépôt nov. 1979).
- BOUROKBA Lakhdar : L'Afrique Noire et le fédéralisme (Fac. Nancy II ; Dir. F. Borella ; dépôt oct. 1979).
- ASSO née HAGET Christine : Le Chef d'État dans les pays de la C.E.E. (Le chef d'État en Europe) (Fac. Nice ; Dir. P. Isoart ; dépôt fév. 1979).
- MARTIN Thierry : Le mimétisme constitutionnel en Asie du Sud-Est (Fac. Nice ; Dir. P. Isoart ; dépôt Nov. 1974, mod. fév. 1980).
- PORASSO Gérard : La Constitution monégasque du 17 décembre 1962 et son application (Fac. Nice ; Dir. P. Isoart ; dépôt janv. 1978).

- CHERUBIN Jean : Le régime politique centrafricain (Fac. Paris I ; Dir. P. Gonidec ; dépôt déc. 1975).
- DABO Usman : L'Évolution du régime militaire au Nigéria (Fac. Paris I ; Dir. G. Conac ; dépôt mars 1976).
- DJUKU TAHOUD Michel : La législation gouvernementale au Cameroun (Fac. Paris I ; Dir. G. Conac ; dépôt février 1976).
- GRAH KOUASSI Pascal : La Présidence de la République et les structures gouvernementales de la République de Côte d'Ivoire (Fac. Paris I ; Dir. G. Conac ; dépôt mai 1975).
- MEYER Claudine : L'Assemblée nationale du Québec (Fac. Paris I ; dir. G. Conac ; dépôt fév. 1976).
- PANDA Albert : L'instabilité constitutionnelle des régimes africains (Fac. Paris I ; Dir. F. Luchaire ; dépôt juin 1977).
- ALAMI IDRISSE Rachid : Le Parlement au Maroc (Fac. Paris II ; Dir. P.M. Gaudemet ; dépôt janv. 1980).
- ANGELACOS Aristide : Le pouvoir réglementaire dans le cadre de la Constitution hellénique (Fac. Paris II ; dir. J. Boulouis ; dépôt juin 1977).
- BANYAHIA Abderrahman : La séparation des pouvoirs en droit constitutionnel marocain (Fac. Paris II ; dir. D. Levy ; dépôt mai 1978).
- BASCHKO Boubke : L'évolution constitutionnelle du Maroc depuis l'indépendance (Fac. Paris II ; dir. D. Levy ; dépôt nov. 1975 mod. mars 1980).
- BEKHCHI Mohamed-Abde : La Constitution algérienne de 1976 et le droit international (Fac. Paris II ; dir. M. VIRALLY ; dépôt mai 1979).
- BEZUT Michel : Les crises gouvernementales en Belgique depuis 1945 (Fac. Paris II ; dir. A. MATHIOT ; dépôt sept. 1979).
- CAMARA Abdel Kader : Fonctions et organes constitutionnels au Sénégal (Fac. Paris II ; dir. D. Levy ; dépôt fév. 1980).
- CAMARA Moussa : La réforme des institutions de la République du Mali (Fac. Paris II ; dir. D. Levy ; dépôt janv. 1977).
- COPIN Gilles : Le statut de l'opposition en France et en Grande-Bretagne (Fac. Paris II ; dir. J. Cadart ; dépôt fév. 1977).
- CORTOT née DECHAMBRE Marie-Laure : Les rapports du président des États-Unis et du Congrès de 1974 à 1977 (Fac. Paris II ; dir. A. Mathiot ; dépôt sept. 1976).
- EL HAMIANI Khatat Bachir : La justice constitutionnelle au Maroc (Fac. Paris II ; dir. R. Charlier ; dépôt avril 1976).
- HERRISSINEJAD Kamaledin : La Constitution de la République islamique d'Iran (théorie et application) (Fac. Paris II ; dir. M. El Shahankiri ; dépôt nov. 1979 mod. janv. 1980).
- LAUVAUX Philippe : Le droit de dissolution dans les démocraties du type occidental (Fac. Paris II ; dir. A. Mathiot ; dépôt déc. 1974 mod. oct. 1979).
- MOUICI Belaïd : Le processus institutionnel et l'édification de l'État algérien (Fac. Paris II ; dir. D. Levy ; dépôt nov. 1979).
- MOUSSOKI Désiré : Du juridisme constitutionnel au Congo (Fac. Paris II ; dir. J. Cadart ; dépôt janv. 1979).

- PATINO ORTIZ Francisco : Aspects constitutionnels des élections et du système électoral mexicain (Fac. Paris II ; dir. D. Levy ; dépôt juin 1978).
- SAYEGH Daoud : L'exercice de la fonction législative au Liban (Fac. Paris II ; dir. A. Mathiot ; dépôt janv. 1978).
- SEIZELET Eric : L'institution impériale en droit public japonais depuis la restauration de Meiji (Fac. Paris II ; dir. J. Robert ; dépôt avril 1976).
- STATHAKIS Kyrana : Étude sur la conception de la loi dans les Constitutions grecques après l'indépendance (Fac. Paris II ; dir. D. Levy ; dépôt déc. 1975).
- VENIZELOS Evangelos : Constitution et idéologie : l'exemple de la Constitution hellénique (Fac. Paris II ; dir. D. Levy ; dépôt déc. 1979).
- AL-HADDAD Adulrahman : Les institutions politiques contemporaines de la République arabe du Yemen (Fac. Paris V ; dir. J. Gicquel ; dépôt janv. 1978 mod. avril 1978).
- BENDOUROU Omar : Le pouvoir exécutif au Maroc depuis l'indépendance (Fac. Paris V ; dir. J. Gicquel ; dépôt janv. 1978).
- MATTIATOS Christophoro : Essai sur la pratique hellénique du droit constitutionnel intermédiaire (Fac. Paris V ; dir. J. Gicquel ; dépôt déc. 1977).
- ABDEL BASET Mohamed : La vie politique et constitutionnelle en Chine populaire depuis la grande révolution culturelle et prolétarienne (Fac. Paris IX ; dir. J. Gicquel ; dépôt mars 1977).
- ARTAZ Christina : Étude juridique de la formation de l'État : La République arabe sahraouie démocratique (Fac. Paris X ; dir. M. Thierry ; dépôt déc. 1978).
- BELMIR Saadia : Le caractère législatif ou réglementaire des dahirs et décrets royaux en droit marocain (Fac. Paris X ; dir. P. Ardant ; dépôt oct. 1975).
- MOCAER Jean-Pierre : Les institutions politiques de Cuba depuis 1959 (Fac. Paris X ; dir. J. Gicquel ; dépôt avril 1977).
- RETOURNE Dominique : La Cour constitutionnelle de la République fédérale d'Allemagne (Fac. Paris X ; dir. J. Gicquel ; dépôt oct. 1976).
- TAY Mohamad : Les sources du droit constitutionnel libanais (Fac. Paris X ; dir. M. Troper ; dépôt déc. 1979).
- GERBAUD née BENANTI Viviane : Le régime de la république démocratique du Vietnam (Fac. Poitiers ; dir. B. Cherigny ; dépôt avril 1975 mod. février 1980).
- OLAMA-ONGBWA François : Les expériences de régime parlementaire au Cameroun (Fac. Poitiers ; dir. B. Cherigny ; dépôt déc. 1977).
- VAHIDA Jamshid : Contribution à l'étude des institutions politiques nouvelles de l'Iran (Fac. Rouen ; dir. P. Gelard ; dépôt janv. 1980).

## ACTIVITÉS DE LA FACULTÉ DE DROIT ET DE SCIENCE POLITIQUE D'AIX-MARSEILLE

### I - LES INSTITUTS ET LES CENTRES DE RECHERCHE

Les Instituts rattachés à la Faculté de Droit et de Science Politique d'Aix-Marseille se sont délibérément situés dans le cadre de la politique d'ouverture sur le monde extérieur définie par l'Université de Droit, d'Économie et des Sciences d'Aix-Marseille.

Dans tous les cas, cette ouverture se fait dans la direction des milieux professionnels nationaux ou locaux concernés par l'enseignement que dispensent les Instituts.

Dans des cas plus spécifiques l'ouverture dépasse l'échelon national pour s'appliquer au cadre international.

#### - L'Institut des Assurances d'Aix-Marseille (I.A.A.)

Créé en mars 1975, dans le cadre de la Faculté de Droit et de Science Politique d'Aix-Marseille, l'Institut des Assurances d'Aix-Marseille après avoir été sous la direction de Mlle le Professeur Yvette Lobin est actuellement dirigé par le Professeur Roger Bout.

Il a pour mission de former des spécialistes possédant des connaissances théoriques et pratiques d'ordre juridique et économique nécessaires pour traiter les questions d'assurance.

C'est dire qu'il est ouvert :

- aux étudiants titulaires d'une licence en droit ;
- aux étudiants titulaires d'une licence en Économie, à condition qu'ils aient subi une épreuve de Droit des obligations ou de Droit commercial au cours de leur licence. A défaut, l'une ou l'autre de ces épreuves leur serait imposée comme condition d'admission à l'Institut.
- aux étudiants possédant des diplômes équivalents à la licence (H.E.C., E.S.S.E.C., Écoles Supérieures de Commerce, I.S.F.A., etc...), à la condition que ces diplômes correspondent à la finalité de la formation technologique d'assurance de l'Institut et que ces étudiants aient subi des épreuves de Droit des obligations ou de Droit commercial. A défaut, l'une ou l'autre de ces épreuves leur serait imposée comme condition d'admission à l'Institut.

- sur proposition du Conseil d'Administration, le Président de l'Université peut, à titre exceptionnel, autoriser d'autres candidatures.

En tout état de cause, l'admission à l'Institut est subordonnée à l'agrément du Directeur de l'Institut des Assurances, après examen du dossier universitaire de l'étudiant et entretien avec celui-ci.

Les études sont soumises à un régime normal ou à un régime exceptionnel.

- Le régime normal se déroule en deux années au cours desquelles les étudiants doivent passer deux certificats.

- Le régime exceptionnel en un an qui permet aux étudiants de passer les examens correspondant aux deux certificats en une seule année sur décision du Directeur, après examen du dossier universitaire de l'étudiant et entretien avec celui-ci.

Les enseignements de l'Institut sont constitués par des cours, des conférences et des travaux dirigés, dont l'importance varie selon la discipline.

La présence aux cours, aux travaux dirigés et aux conférences est *obligatoire* ; les sujets traités dans le cadre des conférences organisées par l'Institut sont intégrés aux programmes d'examen. Plus de trois absences non justifiées par un motif valable soumis à l'approbation du Directeur entraînent l'exclusion de l'Institut.

#### Premier certificat :

- 1 - Le contrat d'assurance (notions théoriques)
  - conclusion du contrat, durée et résiliation, procédure applicable au contrat d'assurance,
  - les éléments du contrat d'assurance : risque, prime, sinistre
  - assurances de dommages
  - assurances de personnes.
- 2 - Travaux dirigés sur le contrat d'assurance.
- 3 - Réglementation des entreprises d'assurances en France et dans le Marché commun.
- 4 - L'organisation interne des entreprises d'assurance.
- 5 - Assurance de personnes.  
Assurance de biens.
- 6 - L'économie de l'assurance
  - fondement et marché de l'assurance (offre et demande)
  - les techniques de l'assurance
  - les circuits financiers de l'assurance.
- 7 - Cours d'anglais.

#### Deuxième certificat :

- 1 - La pratique des diverses assurances :

- assurance de responsabilité
- assurance vie
- assurances de transports et maritimes
- assurance des professions libérales
- assurance des risques de la construction
- assurance automobile
- séminaire sur le fonds de garantie automobile.

## 2 - Les techniques de l'entreprise d'assurance :

- la comptabilité de l'assurance
- l'informatique
- la fiscalité.

## 3 - Réassurance et coassurance.

## 4 - Des cours d'anglais.

L'ensemble des cours représente un enseignement de 350 à 400 heures.

La création de l'Institut des Assurances d'Aix-Marseille résulte d'une collaboration entre l'Université de Droit, d'Économie et des Sciences d'Aix-Marseille et la Fédération Française des Sociétés d'Assurances, la Fédération Nationale des Syndicats d'Agents Généraux d'Assurances et le Syndicat National des Courtiers d'Assurance et de Réassurance.

Cette collaboration entre l'Université et le monde professionnel des assurances se retrouve :

- au sein du conseil d'administration de l'Institut composé de 5 universitaires, 5 membres désignés par les organisations professionnelles d'assurances et 2 étudiants de l'I.A.A.
- au niveau des enseignements qui sont dispensés soit par des universitaires, soit par des professionnels.
- au plan des débouchés, où l'Institut en liaison avec les organismes professionnels nationaux et locaux met tout en œuvre pour assurer le placement de ses diplômés.

### L'Institut Universitaire Régional d'Administration Locale (I.U.R.A.L.)

Dirigé par le Professeur Louis Favoreu, Président de l'Université, cet institut :

- organise des sessions d'études et de perfectionnement au profit des élus locaux ;
- facilite l'accès à la fonction publique locale des diplômés de la Faculté de Droit ;
- développe au sein de la Faculté les recherches relatives à l'administration locale ;
- concours à l'organisation de D.E.A. et D.E.S.S. relatifs à l'administration locale.

### Le Centre Universitaire Régional d'Études Municipales (C.U.R.E.M.)

Dirigé par le Professeur Louis Dubouis, le C.U.R.E.M. est un organisme de formation et de perfectionnement des personnels communaux. Cette mission s'accomplit au sein du C.U.R.E.M. par une collaboration entre l'Université et le Centre de Formation des Personnels Communaux, créé par la loi du 13 juillet 1972 sur la formation du personnel communal.

Le C.U.R.E.M. fait suite à l'Association pour la Promotion et le Perfectionnement des Agents des Collectivités Locales qui a permis à l'Université d'Aix-Marseille III d'assurer de 1973 à 1976 la formation du personnel de la ville de Marseille.

Créé en 1975, le C.U.R.E.M. d'Aix-Marseille dispense aux agents communaux un enseignement général appliqué à l'administration communale qui répond à une double fonction :

- 1 - Perfectionnement et formation continue des personnels communaux de tous niveaux.
- 2 - Préparation aux concours d'accès aux différents emplois administratifs de la fonction communale.

L'enseignement est dispensé dans trois départements :

- Alpes de Haute-Provence : centre de Manosque et Sisteron
- Bouches-du-Rhône : centre d'Aix, d'Arles, d'Aubagne, de Marseille et de Martigues.
- Vaucluse : centre du Pontet.

*Le premier degré*, ouvert aux agents communaux titulaires ou non titulaires, est un enseignement de base d'un an comportant :

- français (orthographe et préparation à l'épreuve de rédaction)
- arithmétique et confection de tableau
- enseignement juridique de base :
  - introduction au droit privé
  - droit public (organisation administrative communale)
  - finances communales (budget, comptabilité, fiscalités communales).

Ce premier degré est sanctionné par le Certificat d'Études Administratives Municipales (C.E.A.M.) qui permet l'accès au concours de Commis et à l'examen de Secrétaire de mairie de commune rurale.

*Le deuxième degré* est ouvert aux agents communaux titulaires d'un C.E.A.M. ou répondant aux conditions de candidature au concours de Rédacteur de mairie (cf. statut du personnel communal).

L'enseignement (réparti sur 2 ans) porte :

- d'une part sur la technique d'expression écrite (composition française, étude de dossier, résumé de texte) et orale, orientée vers les besoins spécifiques de la fonction communale ;
- d'autre part sur des matières juridiques (droit constitutionnel, droit administratif, urbanisme, finances publiques, droit civil, législation sociale, initiation à l'économie).

Il aboutit à l'obtention du Diplôme d'Études Administratives Municipales (D.E.A.M.) qui dispense du baccalauréat pour l'accès au concours de Rédacteur de mairie ou de Secrétaire de mairie de commune de 2 000 à 5 000 habitants. De plus, s'il est obtenu avec une moyenne supérieure à 12/20, il permet, sur décision du Président de l'Université, l'accès au 1<sup>er</sup> cycle universitaire d'Études juridiques.

*Le troisième degré* est ouvert aux agents communaux d'un grade au moins égal à celui de Rédacteur ou titulaires d'un des diplômes suivants : D.E.A.M., capacité en Droit, D.E.U.G. Droit, D.A.E.S., ou lauréats du concours de Rédacteur.

L'enseignement dispensé sur 3 années, comporte :

- du Droit : Droit constitutionnel, Droit administratif, Finances publiques, Urbanisme ;
- de l'Économie : planification, statistiques, comptabilité nationale, géographie économique et démographique, politique budgétaire ;
- de la comptabilité et de la gestion : comptabilité générale et analytique, gestion prévisionnelle et budgétaire.

Des séances d'exercice à la composition de culture générale et à la note de synthèse sont également prévues pour chacune des 3 années de formation.

Le troisième degré est sanctionné par le Diplôme d'Études Supérieures d'Administration Municipale (D.E.S.A.M.). Ce diplôme donne accès au 2<sup>e</sup> concours externe d'attaché communal (Arrêté du 15/05/1979 complétant l'arrêté du 15/11/1978). Sur l'avis favorable du Directeur du C.U.R.E.M., il peut permettre l'inscription à la préparation du Diplôme d'Études Supérieures Spécialisées en gestion des Collectivités Locales de l'Université d'Aix-Marseille III.

La reconnaissance de son équivalence avec le D.E.U.G. Droit est un projet actuellement à l'étude.

#### **L'Institut de Formation Universitaire et de Recherche du Transport Aérien (I.F.U.R.T.A.)**

Créé en 1975, l'I.F.U.R.T.A. est dirigé par M. Gabriel Weishaupt, professeur associé.

Le Conseil d'administration de l'I.F.U.R.T.A., outre des enseignants de l'Université, comprend des représentants des organismes professionnels :

- Direction générale de l'Aviation civile
- Compagnies aériennes
- Gestionnaires d'aéroports
- Chambres de commerce
- Auxiliaires de fret
- Constructeurs de matériel aéronautique
- SOFREAVIA

Cet Institut forme les étudiants aux emplois de cadres supérieurs des organismes du transport aérien. Il dispense des enseignements sur une année d'études, sanctionnés par un D.E.S.S. ou sur deux années, sanctionnées par un doctorat de 3<sup>e</sup> cycle.

L'I.F.U.R.T.A. s'adresse :

\* aux étudiants titulaires :

- de la maîtrise en droit
- de la maîtrise en sciences économiques
- du diplôme d'Écoles Supérieures de Commerce
- du diplôme d'ingénieur
- d'un diplôme équivalent.

\* aux professionnels admis sur dossier attestant :

- un niveau universitaire équivalent à celui des étudiants
- une expérience professionnelle avec exercice des responsabilités.

L'enseignement dispensé porte sur :

- le droit aérien
- le droit maritime
- l'économie du transport aérien
- la gestion
- la gestion des compagnies aériennes
- l'information générale et aéronautique
- la formation humaine
- des cours de langues étrangères.

L'I.F.U.R.T.A. qui dispense son enseignement à des étudiants venus d'une quinzaine de pays différents, organise aussi des cycles de perfectionnement suivant un calendrier et un programme définis en fonction des besoins.

A ces activités d'enseignement et de perfectionnement il convient d'ajouter que l'Institut :

- dirige des travaux de recherche et d'étude,
- publie et met à jour un recueil des accords internationaux relatifs au transport aérien,
- organise des journées d'études. Dans le cadre de cette dernière activité, se situent les travaux portant sur le « partage des responsabilités sur un aéroport », placés sous le parrainage du Ministre des Universités et du Ministre des Transports et qui ont eu lieu au Bourget en 1979.

Cette année les journées d'études traiteront des « responsabilités à l'égard du passager aérien » et se dérouleront au Bourget les 9 et 10 juin.



## II - PUBLICATIONS DES ENSEIGNANTS DE LA FACULTÉ (1980) - suite -

P. BONASSIES, PROFESSEUR

### Ouvrages :

- Cours mimeographié : *Institutions et droit communautaire* p. 338.

### Articles :

- *Les transports maritimes à l'heure communautaire ; l'environnement juridique, le cadre institutionnel communautaire et les transports* (p. 12, in *Les transports maritimes à l'heure communautaire*, publié par la Chambre de Commerce et d'Industrie de Marseille, 1980).

- *Les transferts internationaux de technologie et le droit communautaire* (p. 25, in *Un code de conduite pour le transfert de technologie*, sous la direction de F. Bizec et Y. Daudet, 1980).

- *La responsabilité du fréteur à temps à l'égard des tiers* (p. 9, in *Droit Maritime Français*, 1980, 121).

### Études :

- *L'imputation des frais d'assistance et/ou de remorquage des pétroliers en difficulté*, 31 p., étude réalisée pour l'O.C.D.E.

### Notes de jurisprudence :

- *Note sous Aix*, 21 février 1979, *Droit Maritime Français* 1980, 151, 12 p.

JACQUES BOURRINET, PROFESSEUR (ÉCONOMIE)

• *Les relations extérieures de la C.E.E.* (en collaboration avec Maurice TORRELLI), Paris, Presses Universitaires de France, collection Que sais-je ?, 128 p.

• *Les relations extérieures de la C.E.E.*, traduction en langue espagnole, Éditions Fondo de Cultura, Mexico.

• *L'explication économique de la Genèse des Communautés Européennes* in « *Les Communautés Européennes en fonctionnement* ». Ouvrage collectif sous la direction de D. LASOK et P. SOLDATOS, Bruxelles, Ed. Bruylant, pp. 65-84.

• *A case study of the European Community* in « *Regionalism and the new world order - A strategy for progress* ». Ouvrage collectif publié par l'U.N.I.T.A.R., Pergamon Press, New York.

• *La problématique nouvelle des relations euro-arabes* in « *La politica mediterranea della C.E.E.* ». Istituto Universitario Orientale, Napoli.

• Rapport « *Haïti et la Convention de Lomé* » Colloque d'Haïti, octobre 1980.

L. COUPET, MAITRE-ASSISTANT

- *Le nouvel esprit des législations du divorce en Europe* : Bulletin de l'Association Française de Psychiatrie et de Psychopathologie sociales, 1980, n° 4, p. 53 à 107.

CHRISTIAN JOLY, ATTACHÉ DE RECHERCHES (DROIT PUBLIC)

• *Bibliographie sur le transfert de la technologie.*

CHRISTIAN LOUIT, PROFESSEUR (DROIT PUBLIC), DIRECTEUR DE L'INSTITUT DE DROIT DES AFFAIRES

• *Rapport introductif de la Table-Ronde organisée par l'I.D.A.* (1979) sur le thème des relations Administration fiscale/contribuable. Publication du Centre d'études fiscales de l'I.D.A.

• *Réflexions sur le rôle des centres de gestion et des associations agréés*, en collaboration avec Alain CHARNY, expert-comptable. La semaine juridique, édition « commerce et industrie » 1<sup>er</sup> mai 1980, 14 p.

• *Rapport introductif du colloque organisé par l'I.D.A. et la Société de droit fiscal* sur le thème de « l'application du droit pénal en matière fiscale » (en collaboration avec le Doyen BOULAN), décembre 1980 (à paraître aux Presses universitaires d'Aix).

• *Chronique politique et constitutionnelle de l'Île Maurice 1979*, Annuaire des pays de l'Océan Indien, publication C.N.R.S., 24 p.

### Publications de l'Institut de Droit des Affaires sous la direction du Professeur Christian LOUIT

• « *Le contrat de travail à durée déterminée* », analyse de la loi du 3 janvier 1979, Publications I.D.A. 1980 (avec la participation du Président FAVOREU, des Professeurs LOUIT, AUDINET, BUY, et de M. JULLIEN rédacteur du Lamy social).

• « *Les relations Administration fiscale/contribuable* », Publication I.D.A. 1980, avec la participation du Président HEURTE, de M. PASSERON, directeur divisionnaire des impôts et des Professeurs LOUIT et LAMARQUE.

## III - COLLOQUES, CONGRÈS, TABLES RONDES

- La protection des Droits fondamentaux par les juridictions constitutionnelles en Europe :

Les 19, 20 et 21 février s'est tenu au Palais des Congrès d'Aix-en-Provence un très important colloque international sur la protection des droits fondamentaux par les juridictions constitutionnelles en Europe, problème qui a acquis ces dernières années en France une dimension toute particulière avec le développement de la jurisprudence du Conseil Constitutionnel.

Ce colloque, organisé par le groupe d'études et de recherches sur les juridictions constitutionnelles de la Faculté de Droit, sous la direction du Doyen FAVOREU, en collaboration avec l'Université de Tübingen et l'Institut Universitaire Européen de Florence, a réuni pendant trois jours les plus éminents spécialistes européens de ces questions.

Ouvertes par des allocutions du Doyen Georges VEDEL, membre du Conseil Constitutionnel, du Professeur Fernand BOULAN, Doyen de la Faculté de Droit et de Science Politique, et du Doyen Charles DEBBASCH, Président Honoraire de l'Université, ces journées ont été consacrées à l'étude comparée des mécanismes et des procédures des cours constitutionnelles française, allemande, autrichienne et italienne ainsi qu'au contenu et à la portée des droits fondamentaux ainsi protégés.

Une séance a également porté sur la Cour de Justice des Communautés Européennes. Pour bien marquer le caractère comparatiste et européen des débats chaque demi-journée a été présidée par un représentant des cours constitutionnelles concernées ainsi que par un représentant du Tribunal constitutionnel espagnol.

Après le rapport introductif du Doyen FAVOREU se sont succédés les Professeurs LUCHAIRE et GOGUEL pour la France, SCHLAICH et RUPP pour l'Allemagne, ERMACORA et OHLINGER pour l'Autriche, ELIO, PIZZORUSSO et ZAGREBELSKY pour l'Italie.

Le Professeur CAPPELLETTI, quant à lui, est intervenu sur la nécessité et la légitimité de la justice constitutionnelle, et les Professeurs DUBOUIS et RIDEAU sur le rôle de la Cour de Justice des Communautés Européennes.

Il est revenu au Professeur Jean RIVERO de faire la synthèse des travaux.

Enfin, la présence à Aix de la plupart des Constitutionnalistes français a permis à l'Association française des Constitutionnalistes de tenir son assemblée générale au Palais des Congrès à l'issue des débats du colloque.

L'ensemble des intervenants et des participants ont été sensibles à la qualité et à l'importance de ces journées qui feront prochainement l'objet d'une publication intégrale.

**Activités d'autres U.E.R. Juridiques :** Institut de Droit des Affaires :

• *Les ventes internationales d'objets mobiliers corporels* », colloque organisé les 7 et 8 mars 1980 à l'initiative de la Fondation Internationale pour l'Enseignement du Droit des Affaires (FIEDA) et l'Institut de Droit des Affaires (I.D.A.).

Devant un auditoire d'une centaine de spécialistes de haut niveau (universitaires, juristes d'affaires et grands groupes industriels) venus d'une dizaine de pays répartis dans les deux continents occidentaux, les différents conférenciers ont étudié les aspects juridiques des ventes internationales d'objets mobiliers corporels.

Ouvert par le Doyen Boulan au nom du Président Louis Favoreu, le colloque a entendu en liminaire l'allocution de bienvenue du Professeur Christian Louit, vice-président de la F.I.E.D.A. et Directeur de l'Institut de Droit des Affaires, organisateur du colloque.

Après que le Professeur Yves Guyon (de l'Université de Paris I Panthéon-Sorbonne) eut indiqué les raisons du choix du thème, les trois premiers orateurs ont fait une présentation générale du sujet : le Professeur Erik Bergsten (États-Unis) représentant le Secrétariat du Commerce International des États-Unis à Vienne a évoqué les diverses conceptions de la vente en droit comparé ; le Professeur Michel Borysewicz (Université d'Aix-Marseille III) a analysé les conventions et projets de conventions relatifs à la vente internationale d'objets mobiliers corporels. Le Professeur

Pierre Bonassies, pour sa part, a traité « Le droit à la concurrence et la vente internationale d'objets mobiliers corporels ».

S'agissant des conditions générales de la vente internationale, Mme Anne Meinertzhagen-Limpens (Chef de Travaux à l'Université Libre de Bruxelles) a dressé une typologie fort utile ; le professeur Michaël Will (de l'Europa Institut de l'Université de la Sarre) a proposé des solutions aux conflits entre conditions générales de vente et M<sup>e</sup> Jean Thieffry, du Barreau de Paris, a donné des indications pratiques à propos de la rédaction de ces conditions.

Neuf rapports nationaux ont été soumis à l'assemblée concernant les conformités et les garanties telles qu'elles se présentent en France (professeur Philippe Le Tourneau, Université de Paris XII) en Allemagne Fédérale et en Suisse (Professeur Bernd Stauder, Université de Genève) en Belgique (M<sup>e</sup> Pierre-Alain Foriers, Université Libre de Bruxelles) aux États-Unis (Professeur Joseph Darby, Université de San-Diego de Californie) en Grande-Bretagne (Professeur Schmitoff, Université de Londres) en Italie (Mme Ducouloux-Favard, Université de Paris-Dauphine) aux Pays-Bas (Professeur Hondius, Université de Leiden) et au Québec (Professeur Antaki, Université Laval de Québec).

Le rapport général visant à l'harmonisation des droits nationaux avait été confié au professeur Jacques Ghestin (Université de Paris I) expert en la matière puisqu'il est membre de la délégation française à la Conférence des Nations Unies sur les ventes internationales de marchandises.

M<sup>e</sup> Tandeau de Marsac (avocat à Paris et chargé d'enseignement à l'Institut de Droit des Affaires d'Aix) a analysé les points relatifs aux garanties dans la vente internationale.

La synthèse générale du colloque a été réalisée de manière fort élogieuse par le Professeur André Tunc (Université de Paris I) qui a passionné son auditoire en évoquant son expérience personnelle de quelque trente ans dans la recherche d'une unification des législations relative à la vente internationale. Il a aussi esquissé les perspectives possibles dans cette œuvre de longue haleine.

Les travaux de ce colloque feront l'objet d'une publication aux éditions Economica en 1981.

Jean-Jacques BOUSQUET

## L'INCIDENCE, SUR LA RESPONSABILITÉ DU DÉBITEUR, DE LA FAUTE CARACTÉRISÉE DE SON PRÉPOSÉ

(Contribution à l'étude de la responsabilité contractuelle du fait d'autrui) (\*)  
par Madame D. TARDIEU-NAUDET *suite et fin*  
Docteur en Droit

### SUMMARY

*That study (part of which had been published in the previous review) shows that judges subdue, in contracts, the debtor to the same responsibility rules when he has himself committed a « culpa gravis » as when that fault has been committed by his employee.*

### II - LES LIMITES A L'INCIDENCE, SUR LA RESPONSABILITÉ DU DÉBITEUR, DU CARACTÈRE DE LA FAUTE DE SON PRÉPOSÉ.

Si la théorie de la représentation dans la fonction présente l'avantage d'apporter une explication globale à la responsabilité contractuelle du fait d'autrui, on peut cependant s'interroger sur le domaine d'application de cette théorie c'est-à-dire rechercher les limites au-delà desquelles la substitution de personnes pourrait ne pas produire nécessairement les effets que nous avons observés.

On constate, en effet, que dans certains cas, le législateur où les tribunaux ont expressément limité le jeu de la représentation en fonction de la qualité de certains préposés (A). En outre, l'idée de représentation du débiteur par le préposé pour la réalisation des obligations contractuelles, trouve nécessairement sa limite dans les hypothèses où le préposé n'agit pas en vue de réaliser l'actualité du débiteur (B).

#### A - Limites liées à la qualité de préposé.

La représentation découlant de la substitution du préposé au débiteur, le problème se pose de savoir si tout préposé, indépendamment de son rang dans l'entreprise, peut être considéré comme substitué à l'employeur et le représenter. Une réponse positive devrait s'imposer logiquement sauf dans les hypothèses où le législateur n'est engagé que par la faute « de ceux qu'il s'est substitué dans la direction » (§ 1), soit au contraire n'est responsable que des fautes qui lui sont personnellement imputables (§ 2).

(\*) La première partie de cette étude a paru dans le numéro V-8 de cette Revue (1979-1980) : pages 99 à 128.

§ 1. L'article 468 du Code de la Sécurité Sociale dans sa nouvelle rédaction (156) déclare que la victime a droit indépendamment de la majoration de rente accordée par la Sécurité Sociale, de demander à l'employeur devant la juridiction de la Sécurité Sociale une indemnisation complémentaire.

L'employeur est ainsi personnellement responsable à l'égard de la victime aussi bien de ses fautes inexcusables (157) que de celles commises par un préposé investi d'un certain pouvoir de direction (158). Selon la doctrine, sont qualifiés de substitués toutes personnes auxquelles l'employeur délègue à titre précaire tout ou partie du pouvoir de direction (159).

Dans cette situation, une interprétation littérale de la notion de substitution dans la direction a conduit les tribunaux à admettre le recours contre l'employeur en cas de faute inexcusable d'un préposé quelconque sans qu'il soit nécessaire qu'il possède une véritable autonomie ou une puissance réelle dans l'ensemble de l'entreprise (160), pourvu qu'il soit investi d'une autorité importante ou secondaire, lui conférant un pouvoir sur l'application des règles de sécurité (161). Selon la jurisprudence, sont généralement considérés comme substitués dans la direction, les chefs de chantier toutes les fois qu'ils ont la charge d'assurer pendant le travail la sécurité des ouvriers qui sont sous leurs ordres (162), les contremaîtres (163), les chefs d'équipe (164) mais aussi, le chauffeur lorsqu'il est investi de l'obligation de veiller à la sécurité de ceux qu'ils transportent (165) ou le fils de l'employeur qui se substitue à son père pour assurer la direction des travaux (166). En revanche cependant, pour engager la responsabilité de l'employeur, la faute commise par le substitué doit l'avoir été dans l'exercice

(156) Art. 29 Loi n° 76 1106 du 6 décembre 1976, J.O. 7 décembre 1976, J.C.P. 1976, 11, 45087.

(157) Sur cette notion en matière d'accident du travail, voir supra page 3.

(158) Il faut noter que l'employeur a la possibilité de s'assurer contre la faute inexcusable de ses préposés alors qu'il ne le peut contre sa propre faute inexcusable.

Voir sur la question, N. CATALA et J. SOYER, la loi du 6 décembre 1976, relative à la prévention des accidents du travail, J.C.P. 1977, 1, 2868 n° 78 et suiv.

(159) On distingue cependant la substitution stricto sensu qui consiste pour l'employeur à déléguer les attributs de son pouvoir de direction à des substitués déterminés et le transfert du pouvoir de direction qui permet de placer ses préposés sous la direction d'un autre employeur. Dans cette dernière hypothèse, l'employeur transfère ses pouvoirs de direction à un autre employeur qui devient un substitué. Y. Saint-Jours : La faute dans le droit général de la sécurité sociale L.G.D.S. 1972 p. 181.

(160) Y. Gauthier : La faute inexcusable de l'employeur en cas d'accident du travail, Revue pratique de droit social 1977, p. 310.

P. Bollache : Les responsabilités de l'entreprise en matière d'accident du travail Sirey 1967, p. 47 et suiv. G. Viney : Thèse précitée n° 389, p. 333.

(161) Les fautes inexcusables sont le plus souvent des fautes contre la sécurité. Voir sur cette question J.-P. Brunet : Faute inexcusable en matière d'accident du travail : violation de la réglementation de la sécurité G.P. 77 Doct. 36.

(162) Soc. 7.11.1968, B.IV. n° 494, p. 410. Soc. 13 mai 1975, B.IV. n° 254, p. 224. Soc. 5.11.1975, B.IV. n° 512, p. 436.

(163) Soc. 7.2.1963, B.IV. n° 145, p. 117.

(164) Soc. 8.1.1959, B.IV. p. 39 n° 45 - Soc. 21.2.1958, B.IV. n° 296 p. 216 - Soc. 9.11.1967, B.IV. n° 713 p. 603.

(165) Soc. 15 mai 1953, B.IV. n° 364 p. 268 - Soc. 13.02.1968, B.IV. n° 244 p. 178 - Soc. 19.12.1962, B.IV. p. 771 n° 924.

En revanche, s'il apparaît que le chauffeur n'est investi d'aucune autorité sur la victime dans l'exécution de sa mission, il n'est pas substitué à l'employeur. Soc. 4.07.1967 B.IV n° 558 p. 472. Soc. 4.12.1969 D 70 p. 327 J. Minjoz.

(166) Soc. 29.03.1957, B.IV. p. 286 n° 408.

de son pouvoir de direction et non pas dans l'exécution de son propre travail (167) ; la faute d'exécution si grave soit-elle, ne constitue jamais une faute inexcusable imputable à l'employeur.

Ainsi dans le domaine particulier des accidents du travail le législateur limite expressément en cas de faute inexcusable, le mécanisme de la représentation. Cette limitation s'explique par l'objectif de la règle : les fautes inexcusables en matière d'accident du travail sont le plus souvent des violations de la réglementation de la sécurité, que seuls les préposés investis d'une certaine autorité et qui représentent, de ce chef, l'employeur, peuvent faire respecter.

§ 2. En l'absence d'un texte analogue à l'Article 468 du Code de la Sécurité Sociale, le problème de la détermination du domaine du pouvoir de représentation présente un intérêt particulier dans les hypothèses où la responsabilité du débiteur est fonction de sa faute *personnelle*.

• Il en est ainsi notamment pour l'application des règles relatives à la responsabilité du propriétaire de navire.

La loi du 3 janvier 1967 inspirée par la Convention internationale de 1957 a instauré en faveur du propriétaire un système de responsabilité limitée de façon forfaitaire par la constitution d'un fond proportionnel à la jauge du navire. La limitation s'applique à tous les navires quel que soit leur tonnage et bénéficie non seulement au propriétaire mais aussi, en vertu de l'Article 69 al. 1<sup>er</sup> à l'affrêteur, l'armateur, l'armateur-gérant ainsi qu'au capitaine et aux préposés nautiques ou terrestres du capitaine.

Cette limitation forfaitaire est opposable aussi bien aux tiers qu'aux co-contractants lorsque les dommages se sont produits à bord du navire ou sont en relation directe avec la navigation ou l'utilisation du navire (168). La responsabilité du propriétaire de navire relève donc à la fois du domaine contractuel et extra-contractuel (169). Tous les titulaires de la limitation, à l'exception des préposés nautiques dont le statut est particulier perdent le bénéfice de celle-ci en cas de faute personnelle (170).

La sévérité des dispositions légales (171) qui, à la différence de ce que la plupart des textes admettent en matière de limitation de responsabilité,

(167) Soc. 13.03.1975, D.S. 75.611, note Y. Saint-Jours. Soc. 23.05.1975, B.V. n° 275, p. 242. Soc. 13.03.76, B.V. n° 146, p. 130.

(168) Article 58.

(169) Ainsi les créances contractuelles nées du contrat de transport maritime de passagers ou de marchandises tombent sous l'empire de la règle. A la suite d'un événement relatif au navire, le propriétaire des marchandises ou les passagers se voient opposer la limitation de responsabilité propre au contrat de transport maritime telle que nous l'avons précédemment examinée (Cf. supra page 21) puis produisent leurs créances ainsi réduites au fond de limitation. La distribution se faisant au marc le franc il suffit que le sinistre ait été important et les créanciers nombreux pour que la seconde limitation opère à leur détriment. E. du Pontavice. Ouvrage précité n° 234 et 262. Ch. Scapel : thèse précitée page 9.

(170) Article 58 et article 69 al. I, loi du 3.01.67.

(171) La justification de cette sévérité est historique : à l'origine la limitation ne jouait que pour les fautes de l'équipage impossible à surveiller du fait de l'absence de communications. Cette sévérité a amené le législateur international à modifier la Convention de 1957 lors de la Conférence internationale de Londres en novembre 1976.

Reprenant le projet élaboré par le Comité maritime international de Hambourg en avril 1974, le texte adopté le 19 novembre 1976 a retenu pour critère de la suppression de la limitation celui que l'on trouve dans toutes les conventions modernes : la faute intentionnelle et la faute inexcusable.

retient la faute personnelle sans la qualifier et fait donc produire effet à toute faute, même légère, a été soulignée par l'ensemble de la doctrine (172).

S'appliquant à l'exploitant du navire une telle faute, à en juger par la jurisprudence, consiste généralement à fournir un navire qui n'est pas en état de navigabilité (173) ou à choisir un capitaine qui n'est pas compétent (174). En revanche, l'adjectif personnel qui qualifie la faute du propriétaire devrait interdire de prendre en considération la faute de ses préposés nautiques ou terrestres (175). Les auteurs les plus autorisés sont unanimes pour admettre que la faute commise par un préposé ne suffit pas à écarter la limitation de responsabilité, mais qu'en revanche le propriétaire ne peut s'exonérer de sa responsabilité en prétendant s'être déchargé d'une obligation lui incombant sur ses subordonnées (176).

Dans la jurisprudence étrangère, la notion de faute personnelle est interprétée de manière très littérale. Les tribunaux anglais statuant sur l'application de cette notion (177) dans la Convention de 1957 incorporée au droit interne britannique considèrent que le caractère personnel de la faute implique « une faute propre à l'armateur, quelque chose qu'on peut lui reprocher et qui se distingue de la faute de ses préposés ou mandataires » (178). Ils admettent difficilement que l'armateur transfère ses obligations à ses subordonnés et sanctionnent aussi bien sa faute par commission que sa faute par abstention se traduisant par le fait de ne pas renseigner l'équipage sur l'importance des précautions à prendre pour telles ou telles opérations. Ainsi l'armateur est en faute s'il n'a pas attiré personnellement l'attention du capitaine sur l'importance des recommandations sur l'utilisation du radar comme moyen d'éviter les abordages en mer. De même lorsqu'il s'abstient de corriger une erreur qu'il connaît ou même qu'il devrait connaître s'il était diligent ; sa passivité est interprétée comme une participation à la faute de l'agent (179).

(172) E. du Pontavice : Le statut du navire, Litec n° 257. R. Rodière : Traité précité, l'armement n° 475 et suiv. Lureau : La responsabilité du propriétaire de navire d'après la loi du 3 janvier 1967, D.M.F. 1967 p. 263-V.

(173) Les décisions sont rares. Rouen 22 juillet 1950, D.M.F. 50-547. Pau 28 mai 1953, D. 1953-591. Trib. Com. Bordeaux 11 janvier 1963 D. 63 616 Chauveau. Com. 6 décembre 1976 D.M.F. 1977, p. 513 Rodière (existence d'une voie d'eau dans la coque). A l'opposé il a été jugé que le propriétaire d'un navire de construction récente qui avait subi les examens périodiques d'une société de classification ne peut se voir reprocher une faute lui interdisant de se prévaloir de la limitation. Aix 18.03.1977, D.M.F. 79 p. 72.

(174) Trib. Com. Paris 23.04.1975, D.M.F. 75-620.

(175) Il est intéressant de noter que la délégation française à la conférence de Londres a soutenu une proposition qui tenait compte de la faute des préposés. Cette proposition qui risquait d'affaiblir la portée de la nouvelle Convention a été repoussée. Cf. Legendre : La Conférence internationale de 1976 sur la limitation de responsabilité en matière de créances maritimes, D.M.F. 1977, p. 195.

(176) E. du Pontavice, ouvrage précité n° 258. P. Bonassies : Droit maritime, cours de doctorat 1978-1979.

(177) En réalité le texte anglais de la Convention de 1957 est plus large et parle de « d'actual fault or privity ». Vialard : la responsabilité des propriétaires de navire, Thèse Bordeaux p. 193, cité par E. du Pontavice ouvrage précité p. 260 n° 258.

(178) Rodière traité précité p. 611.

(179) E. du Pontavice, ouvrage précité n° 258. Chambre des lords 21 janvier 1960, D.M.F. 1963 243. Obs. Bonassies. Court of Appeal. 11 juillet 1961 D.M.F. 63, 244 Obs. Bonassies.

En droit italien « seules les fautes des préposés que l'entrepreneur nonobstant toute diligence de sa part, ne peut éviter, peuvent être invoquées par lui et justifier une atténuation de sa responsabilité à son égard. Au contraire quand il s'agit de ses propres fautes, l'entrepreneur est toujours en mesure de les éviter et s'il n'y parvient pas, il est juste qu'il réponde surtout en ce qui concerne son patrimoine, pour les conséquences qui s'en suivront » (180).

En droit français la seule décision de la Cour de Cassation (181) dans laquelle l'incidence de la faute du préposé sur la faute personnelle du propriétaire a été invoquée paraît assez ambiguë. Rejetant le pourvoi formé contre un arrêt de la Cour de Rennes (182), les juges de la Cour Suprême ont considéré que le défaut d'étanchéité d'un navire constitue un fait fautif personnellement imputable au propriétaire, sans rechercher si parmi les éléments à l'origine du dommage, les plus importantes relevaient de l'absence d'étanchéité de la porte de poupe, fait constitutif de l'innavigabilité du navire ou de la mauvaise utilisation d'un appareil par l'équipage.

La Cour conclut à l'innavigabilité du navire (183), sans établir que l'armateur avait personnellement connaissance du mauvais état de son matériel et s'était abstenu d'y remédier.

Dans son ensemble la doctrine regrette la sévérité de la décision et craint que les difficultés de preuve en ces matières n'aboutissent à imputer à une faute personnelle du propriétaire, non seulement les défauts d'entretien du navire (184), mais aussi, et d'une manière plus contestable les vices résultant d'une mauvaise utilisation du matériel par l'équipage.

Les incertitudes que fait naître l'arrêt de la Cour de Cassation nous paraissent regrettables. S'il convient d'approuver sans réserve la jurisprudence qui, dans le silence du législateur considère que le débiteur est représenté par ceux qu'il se substitue considère que le débiteur est représenté par ceux qu'il se substitue dans la réalisation de ses obligations, en présence d'un texte précis impliquant une solution différente, une interprétation stricte nous paraît s'imposer : il n'est pas souhaitable que par le mécanisme de la représentation, toute faute de tous préposés de l'armateur puisse être considérée comme une faute personnelle imputable à celui-ci. Une difficulté sérieuse existe cependant dans les situations générales en pratique, où le propriétaire de navire est une personne morale (185).

(180) Réponse de l'association italienne de droit maritime aux questions du Comité maritime international concernant la révision de la Convention de 1957. Cité par E. du Pontavice ouvrage précité p. 263.

(181) Com. 13 décembre 1974, B. 1974, IV, n° 312 Navipesa dos D.M.F. 1975, p. 211 Lureau et Bouloy. G.P. 1975, I p. 337.

(182) Rennes 15 octobre 1973, D.M.F. 1974, p. 29 Chereau et Warot.

(183) Que l'on considère traditionnellement comme constitutif d'une faute personnelle de l'armateur. Rouen 22 juillet 1950, D.M.F. 1950, 547. Pau 28 mai 1953, D. 1953, 591. Tribunal com. Bordeaux 11 janvier 1963, D. 1963, 616 Chauveau.

(184) Dans ce sens, R. Rodière, *Traité de Droit maritime, l'affrètement* n° 476. G. Chereau et J. Warot note sous Rennes 15 octobre 1973 précité contre E. du Pontavice traité précité p. 263.

(185) Compte tenu de l'actualité de la situation, les membres du Comité maritime international considèrent que pour constituer un acte ou une omission « personnelle » d'une personne morale, il faudrait que cet acte ou cette omission soit imputable à un représentant de la personne morale qui serait de rang directorial.

En droit français, la question de l'imputabilité d'une faute à une personne morale est résolue par la plupart des auteurs, en ce sens que la personne morale répond des actes fautifs commis par ses organes c'est-à-dire les personnes physiques qui la représentent dans l'exercice et à l'occasion de leurs fonctions (186). Elle est responsable sur la base de l'article 1382 du Code civil des fautes personnelles qu'elle commet par l'intermédiaire de ses organes « non pas indirectement comme le commettant est responsable de ses préposés mais directement parce qu'aux yeux de la loi ce sont ses propres actes » (187).

Lorsque la personne morale propriétaire du navire est une société, les organes susceptibles d'engager sa responsabilité personnelle, sont non seulement ceux qui, en droit, peuvent la représenter (gérant, président directeur général, directeur général, administrateurs réunis en conseil (188) mais aussi selon les circonstances, un administrateur chargé d'une mission particulière, un fondé de pouvoir ou même un agent local chaque fois qu'il apparaîtra que les fonctions de celui-ci en ont fait un « alter ego » du propriétaire du navire. En revanche, il paraît exclu que la faute commise par un préposé puisse constituer une faute personnelle de la société dans la mesure où la victime ne rapporte pas la preuve que celui-ci avait habituellement ou exceptionnellement le pouvoir de la représenter. En conséquence, en cas de fautes commises par un organe de la société, il suffira à la victime de rapporter la preuve de cette faute pour qu'elle entraîne déchéance du bénéfice de la limitation comme étant une faute personnelle de l'armateur ; à l'opposé en cas de faute commise par un préposé, il faudra prouver, outre la faute, le fait que ce dernier avait le pouvoir momentané ou durable d'engager la société (189).

C'est en ce sens que se prononcent la doctrine et la jurisprudence anglaise ; la faute personnelle n'est pas seulement la faute des organes de droit de la société mais peut être aussi la faute d'une personne qui engage la responsabilité de la compagnie elle-même (190). Cette doctrine a été appliquée en 1952 dans une affaire mettant en jeu la responsabilité de l'État à la suite d'un abordage entre un navire civil et un navire de guerre en raison du défaut de signalisation de celui-ci (191). Cette omission fut considérée comme connue ou devant être connue de l'amirauté et jugée, en conséquence comme une faute personnelle de l'État britannique lui interdisant le bénéfice de la limitation.

Cette interprétation sévère de la notion de faute personnelle entraînant déchéance du droit à limitation se retrouve de la même manière dans

(186) Mazeaud et Tunc, *Traité de la responsabilité civile*, tome 11, n° 198. R. Rodière, *Encyclopédie Dalloz, Responsabilité (en général)* n° 28. A. Breton, *juris classeur, Personne morale* n° 33. Civ. 11 janvier 1872, D.P. 1872, 1, 165. Civ. 17 juillet 1967, G.P. 1967, 2, 235. N. Blaevoet Civ. 27 avril 1977, J.C.P. 77 IV 161.

(187) Léon Michoud, *Traité de la personnalité morale*, Tome 11, n° 273 et suiv.

(188) Sur la question de la responsabilité (délictuelle) des personnes morales. J.-P. Berdah : *Fonction et responsabilité des dirigeants de sociétés par actions*. Bibliothèque de droit commercial 1974 n° 38.

(189) E. du Pontavice : ouvrage précité, page 269.

(190) Opinion de Lord Haldane retenu par le « Privy Council » de 1937. E. du Pontavice *ibidem*.

(191) Temperley's M.S.A. commentaire de l'Article 503 du M.S.A. 1894 p. 334 note 4.

la jurisprudence des tribunaux américains lorsqu'il s'agit d'appliquer cette notion à un armateur organisé en société.

- On observe, tout d'abord, que d'une manière classique, les tribunaux retiennent une faute personnelle à la charge de l'entreprise chaque fois que les organes de celle-ci, soit ont commis personnellement une faute, soit sont restés passifs en face d'un événement qu'ils auraient pu éviter. Il a été jugé ainsi comme une faute personnelle de l'entreprise, le fait de choisir un pilote inexpérimenté (192) ou le fait que ses représentants de rang directo-rial n'aient pas veillé à ce que les officiers et les membres de l'équipage soient convenablement entraînés à lutter contre l'incendie à bord du navire (193). Dans le même sens, une décision du tribunal fédéral de Virginie du 9 mars 1976 (194) considère que sont des fautes personnelles de la société propriétaire, tout d'abord la faute des directeurs coupables d'avoir laissé transporter par une péniche du gaz volatil alors qu'elle avait perdu quelques mois auparavant sa certification pour ce genre de transport et aussi le fait de ne pas avoir empêché la réalisation d'un acte dommageable : En l'espèce, à la suite d'une fuite, un ouvrier procédant de sa propre initiative, effectuait des soudures dans la câle et provoqua une explosion. Le tribunal, sans rechercher si la faute de ce dernier pouvait être considérée comme une faute de la société déclare que dans la mesure où les principaux cadres de la société travaillaient sur les lieux mêmes où était survenue l'explosion, ils avaient l'obligation de s'enquérir des réparations et auraient pu ainsi éviter l'accident. « La connaissance (the knowledge) des cadres dirigeants n'est pas limitée à ce qu'ils connaissaient effectivement. Connaissance signifie non seulement connaissance personnelle mais aussi les moyens de la connaissance des risques encourus... que l'armateur est tenu de s'assurer. Les dirigeants de la société ne peuvent se reposer paresseusement sur leur connaissance personnelle mais ont l'obligation d'inspecter raisonnablement et de superviser les opérations en cours ».

- Ensuite l'obligation pour les organes de la société de veiller personnellement au respect des instructions sous peine de commettre une faute personnellement imputable à l'armateur se traduit par le fait que celui-ci ne peut prétendre avoir chargé un tiers des obligations lui incombant. Il en a été jugé ainsi notamment dans la décision rendue le 11 octobre 1974 par le Tribunal Fédéral du Missouri (195). Dans cette affaire deux péniches utilisées en restaurant, avaient à la suite d'une tempête rompu leurs amarres et causé des dommages à un terminal pétrolier du port. La société propriétaire de l'une des deux déposa une requête en limitation de responsabilité. Elle fit valoir que lors de son installation elle avait chargé une personne compétente de prendre soin de l'amarrage du bâtiment, et qu'aucune faute personnelle ne pouvait lui être reprochée de ce chef.

(192) Arrêt Tug Ocean Prince V. US du 7 août 1978 par la Cour d'Appel Fédérale de New York, cité par P. Bonassies : jurisprudence des États-Unis d'Amérique 1974-1978 D.M.F. 1979 p. 435 n° 4.

(193) Cité par E. du Pontavice : ouvrage précité p. 261.

(194) Allied Towing Company (limitation) 1976 A.M.C. 2105 cité par P. Bonassies Article précité p. 430.

(195) Monsanto Company Port of Saint Louis, 1974 A.M.C. 2389 cité par P. Bonassies ibid.

Le tribunal rejeta son argumentation aux motifs que le propriétaire ne pouvait se décharger sur un tiers de l'obligation personnelle qu'il avait de vérifier le bon amarrage de son bâtiment. Même si un tiers avait reçu mission d'inspecter en ce domaine les deux bâtiments, l'armateur avait au moins « l'obligation de s'assurer lui-même qu'une telle inspection avait été effectuée. Son inaction en la matière constituant une faute pour les dirigeants de la Société et dès lors pouvait être personnellement imputée à celle-ci ».

De même que la responsabilité de la société est engagée par les agissements fautifs de ses organes, celle-ci ne peut se dégager en invoquant s'être déchargée d'une obligation lui incombant sur un tiers : Le fait pour les agents de l'armateur d'être restés passifs, alors que leur intervention aurait été de nature à empêcher la réalisation du dommage s'analyse comme une faute qui est personnelle à l'armateur.

- Enfin, il peut y avoir faute personnelle de la société, dans certains cas particuliers de faute imputable à un de ses agents même de rang subalterne : C'est ce qui ressort d'une intéressante décision rendue le 18.04.1974 par la Cour d'Appel Fédérale de Californie dans l'affaire U.S. V/Standard Oil Company of California (196).

À la suite d'un incident dans le port de San Francisco, un officier marinier de service à la capitainerie du port envoya une vedette sur les lieux. Celle-ci s'étant approchée de la péniche endommagée, une explosion se produisit entraînant un incendie qui causa de gros dommages. L'expertise ayant attribué cet accident aux manœuvres de la vedette, l'administration américaine demanda à bénéficier de la limitation aux motifs que le sieur D., officier marinier de service à la capitainerie du port n'était qu'un simple préposé.

La Cour rejeta la requête en déclarant que « quand un armateur est une personne morale, de droit privé ou de droit public, une faute personnelle impliquant participation ou connaissance ne peut lui être imputée qu'à travers les actes de ses employés. La distinction significative est alors entre les employés qui ont une autorité suffisante pour engager l'armateur personne morale, à la différence de ceux qui n'ont pas de pouvoir général de supervision sur l'ensemble ou sur une partie des activités de la dite personne morale. En bref, l'analyse doit être centrée sur la question de savoir si la faute invoquée est celle de cadres de direction (managing officers), ou, plus précisément, d'employés avec pouvoirs de contrôle (supervisory employees). Le titre ou le rang des employés étant lui-même de valeur limitée pour savoir de quel côté de la ligne un cas particulier se situe. Encore que cet élément puisse apparaître comme un facteur, le véritable test n'est pas de savoir s'il s'agit de dirigeants (officers) dans le sens étroit, mais celui de l'ampleur de leur autorité (the largeness of their authority) ».

Malgré son rang subalterne dans la Coast Guard, le sieur D. avait reçu momentanément délégation de pouvoir du capitaine du port ; les bâtiments

(196) U.S. V/Standard Oil Company of California 1974 A.M.C. 580 cité par P. Bonassies - Article précité n° 3.

de patrouille étaient sous son contrôle et les ordres qu'il donnait étaient respectés comme ceux de l'autorité supérieure. Il avait donc, conclut la Cour, un pouvoir de supervision suffisant pour que sa faute soit considérée comme la faute personnelle de l'administration américaine.

Il apparaît ainsi nettement que la notion de faute personnelle qui ne devrait s'entendre que de la faute commise par l'armateur ou par une personne le représentant en droit est également celle de toute personne ayant reçu momentanément ou plus durablement le pouvoir de représenter la société, d'agir en son nom, à sa place : les tribunaux n'ignorent pas le texte, ils l'interprètent en lui appliquant la théorie de la représentation et en relevant très soigneusement dans chaque situation les éléments qui permettent de conclure à l'existence d'une délégation de pouvoir impliquant représentation.

Cette recherche ne se conçoit cependant qu'en présence d'un texte précis, prévoyant la faute personnelle du débiteur de l'obligation. Hors ces hypothèses le phénomène ne peut avoir de limites liées à la qualité du préposé.

Tout préposé quelque soit son rang dans l'entreprise engage par ses agissements la responsabilité du débiteur à l'égard du co-contractant. Encore faut-il cependant qu'il exerce son activité dans le but de réaliser les obligations du débiteur.

#### B - *Limites liées à la nature de la faute du préposé.*

- Si l'idée de représentation dans l'activité permet d'engager la responsabilité du débiteur en raison des fautes commises par ses préposés, on peut s'interroger sur la question de savoir si tout agissement fautif du préposé qui causerait un dommage au créancier de l'obligation est de nature à engager la responsabilité de l'employeur. D'une manière classique, dans la jurisprudence que nous avons examinée il ne semble pas que la Cour de Cassation ou les tribunaux aient limité le jeu de la représentation en fonction de l'importance ou de la nature de la faute commise par le préposé. On ne peut méconnaître cependant au sein de cette jurisprudence constante une décision récente de la Cour d'Appel de Paris (197) qui a adopté une position diamétralement opposée en admettant que la faute intentionnelle du préposé n'est pas opposable à l'employeur. En l'espèce, le chauffeur d'une entreprise de location de véhicule mis à la disposition d'un transporteur avec un camion pour effectuer des transports sur une très courte distance, détourne le contenu du camion qu'il conduisait et disparaît. Le transporteur reconnaît sa responsabilité mais invoque à l'égard de la victime la clause limitative de responsabilité. Selon la jurisprudence classique que nous avons examinée, la faute intentionnelle du préposé s'analysant par le jeu de la représentation comme une faute intentionnelle du commettant, la limitation de responsabilité devait être écartée. Le Tribunal de Commerce puis la Cour d'Appel de Paris adoptent cependant une solution inverse en déclarant que « si par le seul manquement à l'obligation contrac-

(197) Paris, 6 mars 1979, B.P.T. 79 p. 235. Observations Rodière et Brunat.

tée (et même en l'absence d'une faute démontrée de sa part quand le résultat a été promis), le commettant engage sa responsabilité à l'égard de son co-contractant sans qu'il puisse prétendre s'en exonérer par le fait de son préposé dont il est garant, il ne saurait aucunement en être déduit une identité entre les fautes qu'ils ont pu respectivement commettre et qui sont personnelles à chacun d'eux ». En détournant le contenu du camion, « le chauffeur a agi à des fins qui lui étaient personnelles, en dehors de celles pour lesquelles il avait été mandaté et indépendantes du lien de préposition qui l'unissait à la société qui l'employait à laquelle ne peut dès lors être opposé le caractère dolosif du fait de son employé » et les magistrats concluent « que la société créancière ne peut prétendre établir par le seul fait du vol commis par le chauffeur l'existence d'une faute lourde à la charge de l'employeur... les circonstances dans lesquelles le détournement de marchandises s'est passé, ne sont pas démonstratives d'une faute lourde qu'aurait commise la société Sogéais (transporteur) et qui démontrerait son inaptitude à l'accomplissement de la mission qu'elle avait accepté : le chauffeur lui avait été fourni par le loueur dans des conditions habituelles ; il avait travaillé toute la journée sans attirer l'attention, le détournement du camion et de la marchandise apparaît avoir été normalement imprévisible... ».

Malgré son originalité, la décision de la Cour de Paris ne nous paraît pas fondamentalement en contradiction avec la jurisprudence que nous avons examinée mais en exprime seulement la limite. Elle est la transposition, en matière de responsabilité contractuelle du fait d'autrui, de la solution adoptée par la Cour de Cassation dans sa formation plénière le 10 juin 1977, au sujet de l'abus de fonction, dans le domaine de la responsabilité délictuelle du fait des préposés (198). Reprenant une solution déjà adoptée par les chambres réunies (199), l'assemblée plénière décide que « le commettant n'est pas responsable du dommage causé par le préposé qui utilise sans autorisation, à des fins personnelles, le véhicule à lui confié pour l'exercice de ses fonctions ». La décision met ainsi fin à une controverse qui, malgré l'arrêt des chambres réunies opposait la 2<sup>e</sup> Chambre civile, adepte de la solution retenue et la Chambre criminelle de la Cour de Cassation favorable à une solution déclarant le commettant responsable des agissements de son préposé chaque fois que celui-ci trouve dans ses fonctions le moyen ou l'occasion de causer le dommage.

Pour la doctrine, l'explication de cette solution réside dans les termes de l'article 1384 al. 5 selon lequel les maîtres et les commettants ne sont responsables que des dommages causés par leurs domestiques et préposés « dans les fonctions auxquelles ils les ont employés » (200). En agissant à des fins personnelles, le chauffeur n'exerce pas les fonctions pour lesquelles il a été préposé, il n'engage pas la responsabilité de son patron.

(198) Ass. Pl. 10 juin 1977, D. 1977 p. 465, Larroumet - J.C.P. 1977 II 187 3 Gulphe - Revue trimestrielle de Droit Civil 1977 p. 774 obs. Durry.

(199) Ch. Réunies 9.03.1960. D.60 329 R. Savatier - J.C.P. 60 11 11554 Rodière - Revue trim. Dt civ. 1960 p. 470 obs. H. et L. Mazeaud. En l'espèce, le préposé n'était pas chargé de la conduite du véhicule dont il s'était emparé à des fins personnelles.

(200) Durry, observations sous Ass. Pl. 10 juin 1977, précité.

• Est-ce à dire cependant que les solutions adoptées en matière délictuelle soient également valables en matière contractuelles lorsque la victime des agissements du préposé est le co-contractant de l'employeur. A priori une réponse négative devrait s'imposer compte tenu de l'absence en matière contractuelle d'un texte semblable à l'article 1384 al. 5 limitant la responsabilité du commettant aux dommages causés par le préposé dans l'exercice de ses fonctions (201). En réalité, il apparaît cependant que les incertitudes de la jurisprudence sur la notion d'abus de fonction ou de dépassement de fonction se retrouvent de la même manière en matière délictuelle et en matière contractuelle, bien que la question se pose de manière plus limitée en ce dernier cas.

Ici, en effet, seule l'inexécution ou la mauvaise exécution des obligations contractuelles engage la responsabilité contractuelle de l'employeur. Un délit ou un quasi-délit commis par le débiteur (ou ses préposés) à l'encontre du co-contractant mais indépendamment de la réalisation du contrat est source de responsabilité délictuelle : le vendeur qui à la suite d'une discussion politique, frappe le client venu faire ses achats n'engage pas la responsabilité contractuelle de son patron (202). Celle-ci ne peut se concevoir qu'en raison des actes du préposé qui sont l'accomplissement des obligations contractuelles ou qui se produisent à l'occasion de la réalisation de ses obligations contractuelles. En outre, il ne faut pas oublier que le problème de l'incidence de la faute du préposé sur la responsabilité du débiteur ne se pose que dans les hypothèses où la faute est nécessaire à la mise en œuvre de la responsabilité contractuelle c'est-à-dire seulement en cas d'obligation de moyens ou en cas d'obligation de résultat modifiée par une clause allégeant l'obligation de réparation et imposant à la victime de démontrer l'existence d'une faute caractérisée du débiteur.

C'est donc seulement dans ces hypothèses que va se poser la question de savoir si une faute et notamment une faute caractérisée des préposés du débiteur, engage toujours la responsabilité de celui-ci ou si le jeu de la représentation à des limites.

C'est donc seulement dans ces hypothèses que va se poser la question de savoir si une faute et notamment une faute caractérisée des préposés du débiteur, engage toujours la responsabilité de celui-ci ou si le jeu de la représentation à des limites.

Nous avons vu que le mécanisme de la représentation est dominé par l'idée de substitution du préposé au commettant dans un acte qui lui incombe principalement ; c'est donc seulement lorsque le préposé agit en vue d'atteindre ce but assigné par le commettant qu'il exerce la fonction pour laquelle il a été employé et qu'il représente son employeur.

(201) De même tous les textes qui d'une manière spéciale, prévoient la responsabilité du débiteur du fait de ceux qu'il se substitue ne contiennent aucune restriction semblable à celle de l'article 1384 al. 5.

(202) Il peut en revanche l'engager sur le plan délictuel sous réserve de la solution restrictive posée par l'arrêt de l'Assemblée plénière du 10 juin 1977. Voir sur un exemple récent, la responsabilité de l'entreprise de nettoyage dont l'employée dans une crise de folie détruit des plans importants dans un bureau d'architecte qu'elle nettoyait. Civ. 3 mars 1977 D. 1977 p. 501 Larroumet.

• Dans la plupart des cas, la réalisation même de l'acte fautif montre que le préposé agissait pour le compte du promettant et la représentation joue sans difficulté. Lorsque le chauffeur d'une entreprise de transport s'engage sous un pont trop bas et endommage la cargaison, il commet une faute lourde qui n'est pas détachable de la fonction qu'il exerce pour le compte du transporteur et qui empêche ce dernier de bénéficier des clauses limitatives de responsabilité. Lorsque le maçon commet une maladresse dans la construction d'un mur il commet une faute qui est directement liée à la réalisation des obligations de l'entrepreneur, qui n'est pas indépendante de l'activité qu'il exerce pour le compte de celui-ci. Lorsque le capitaine viole les conditions du contrat de transport en chargeant en pontée et non en câle les marchandises, il se rend coupable d'un dol (203) dans la réalisation des obligations qu'il exécute pour le compte du transporteur maritime et engage donc celui-ci de la même manière que s'il avait commis personnellement le dol. Aucune de ses fautes ne correspondent à un acte détachable du service exécuté.

• En réalité le problème n'est véritablement complexe que dans les hypothèses où la faute reprochée au préposé est une faute intentionnelle. Il serait trop simple en limitant la responsabilité contractuelle du fait d'autrui aux actes qui entrent dans la mission exécutée pour le compte du débiteur d'écarter automatiquement toute action préjudiciable intentionnelle du préposé aux motifs qu'il ne peut avoir reçu mission de l'exercer. A l'image de ce qui se passe en matière délictuelle depuis l'arrêt de l'Assemblée plénière (204), il convient de rechercher si, en commettant la faute intentionnelle, le préposé a entendu se comporter en exécutant fidèle ou si au contraire il poursuivait une activité personnelle détachable de sa fonction. Dans le premier cas, si le fait fautif, quelle qu'en soit la gravité, trouve son origine dans l'accomplissement des fonctions dévolues au préposé celui-ci représente incontestablement le débiteur. Le chauffeur qui, pour obtenir le paiement des marchandises livrées frappe le réceptionnaire, agit pour le compte du commettant et l'engage. L'agent d'assurance qui, pour obtenir la signature d'un contrat en falsifie le contenu agit pour le compte de la compagnie. L'employé qui, pour dissimuler des manquants ajoute des cailloux au fond de sacs de blé commet une faute qui est en rapport avec l'activité qu'il a charge d'accomplir. Dans toutes ces situations, malgré le caractère intentionnel des fautes reprochées au préposé, le commettant est incontestablement responsable. Le fait juridique est né à propos de la fonction dévolue au préposé, il a été commis à l'occasion de la réalisation des obligations du débiteur parce que le préposé agissait à sa place et pour son compte. Le mécanisme de la représentation fait que la faute du préposé est imputable d'une manière abstraite à l'entreprise. Peu importe l'auteur du dommage, seules les conditions de la réalisation sont prises en considération.

(203) Au sens de la définition donnée par la Cour de Cassation en 1969 Cf. supra R.R.J. 1979-80, p. 1021.

(204) Cf. Notamment les observations de M. Durry sous l'arrêt de la Chambre criminelle du 26 juillet 1977 (Revue trimestrielle Droit civil 1978 p. 144) qui déclare l'employeur responsable d'une faute intentionnelle (blessures graves) commise par un préposé parce que l'acte dommageable a été accompli « pour des motifs qui se rattachaient à l'exercice de la profession ».



A l'inverse lorsque le préposé poursuit une activité qui est indépendante de sa fonction, parce qu'elle ne peut se concilier avec la réalisation de l'activité qui lui est confiée, voire parce qu'elle y est opposée, il n'agit plus pour le compte du commettant, il poursuit une activité personnelle et rompt nécessairement la relation de substitution, source de la représentation. Ainsi lorsque le chauffeur vole une partie de la cargaison ou, pour reprendre l'exemple du film « Duel », lorsqu'il se met à poursuivre jusqu'à la destruction, le véhicule qui vient de le doubler, il manifeste une activité qui est détachable de sa fonction ou plutôt qui est détachable de l'activité du transporteur qu'il représente. Son initiative est étrangère au but qu'il aurait dû poursuivre pour la réalisation des objectifs de l'entreprise. En conséquence, il n'y a pas lieu d'assimiler la faute intentionnelle commise par ce préposé à une faute intentionnelle du débiteur.

On pourrait nous objecter que dans certains cas, bien qu'en agissant pour le compte du promettant, il était possible que le préposé agisse à des fins qui lui étaient également personnelles. Le chauffeur violent pouvait être sanctionné s'il ne rapportait le montant de la livraison, l'agent d'assurance peu scrupuleux touche sa commission sur le contrat, les manquants dans les sacs de blé pourraient être imputés au livreur. En réalité dans ces exemples, les préposés agissent dans le cadre de l'activité qui leur est impartie même si leur intérêt personnel n'est pas totalement étranger à leur action : le chauffeur livre, l'agent d'assurance place des contrats : pour qu'il y ait abus de fonctions il faut que le préposé agisse à des fins exclusivement personnelles. La recherche du but poursuivi par le préposé amènera le juge à manier un critère psychologique qui peut être délicat. Souvent, en effet, il sera difficile de distinguer l'acte constitutif d'un abus de fonction et l'acte constituant une simple faute à l'occasion des fonctions. Dans certains cas, aucun problème ne se posera pour exclure la responsabilité du débiteur et l'hypothèse du vol sera vraisemblablement la plus courante, dans d'autres cas, en revanche, l'appréciation du but poursuivi par le préposé laissera aux tribunaux un très large pouvoir (205). En tout état de cause, dans les hypothèses où le préposé aura agi à des fins exclusivement personnelles, la seule façon pour la victime d'obtenir réparation sera de démontrer à la charge du commettant une faute susceptible d'engager sa responsabilité personnelle et consistant à avoir engagé un préposé indélicat ou à l'avoir mal surveillé.

Ainsi, toutes les fautes lourdes, dolosives voire certaines fautes intentionnelles commises par le préposé dans le cadre de ses fonctions et en vue d'atteindre le but assigné par le commettant doivent s'analyser comme des risques normaux d'exploitation imputables d'une manière abstraite à l'entreprise. En revanche seules certaines fautes intentionnelles qui témoignent de la volonté délibérée du préposé de détourner à son profit exclusif la fonction dont il a la charge ne font pas partie des risques normaux d'exploitation dont l'entreprise pourrait ne pas répondre à l'égard de son

(205) Cf. en matière délictuelle, les observations de M. Durry, revue trimestrielle Droit civil 1977 p. 774 et 1978 p. 144 précitées.

co-contractant. Cette limite au mécanisme de la représentation dans l'activité paraît heureusement d'un domaine limité. Il est classique de noter que les fautes imputables aux préposés sont le plus souvent des fautes commises dans la réalisation des obligations contractuelles. Si la jurisprudence inaugurée par la Cour de Paris devait recevoir l'approbation de la Cour de Cassation, il nous paraîtrait souhaitable que les tribunaux interprètent d'une manière restrictive la notion d'abus de fonction. Le débiteur bénéficie déjà d'un régime de faveur par rapport au civilement responsable en matière délictuelle pour ne pas lui accorder, encore, la possibilité de se désolidariser trop facilement des actes de ses préposés.

### CONCLUSION

Si nous voulions, à la manière des thèses d'autrefois et à l'image de la chronique de M. Rodière en 1952 (206), résumer les propositions de cette étude, nous suggérerions les trois idées suivantes :

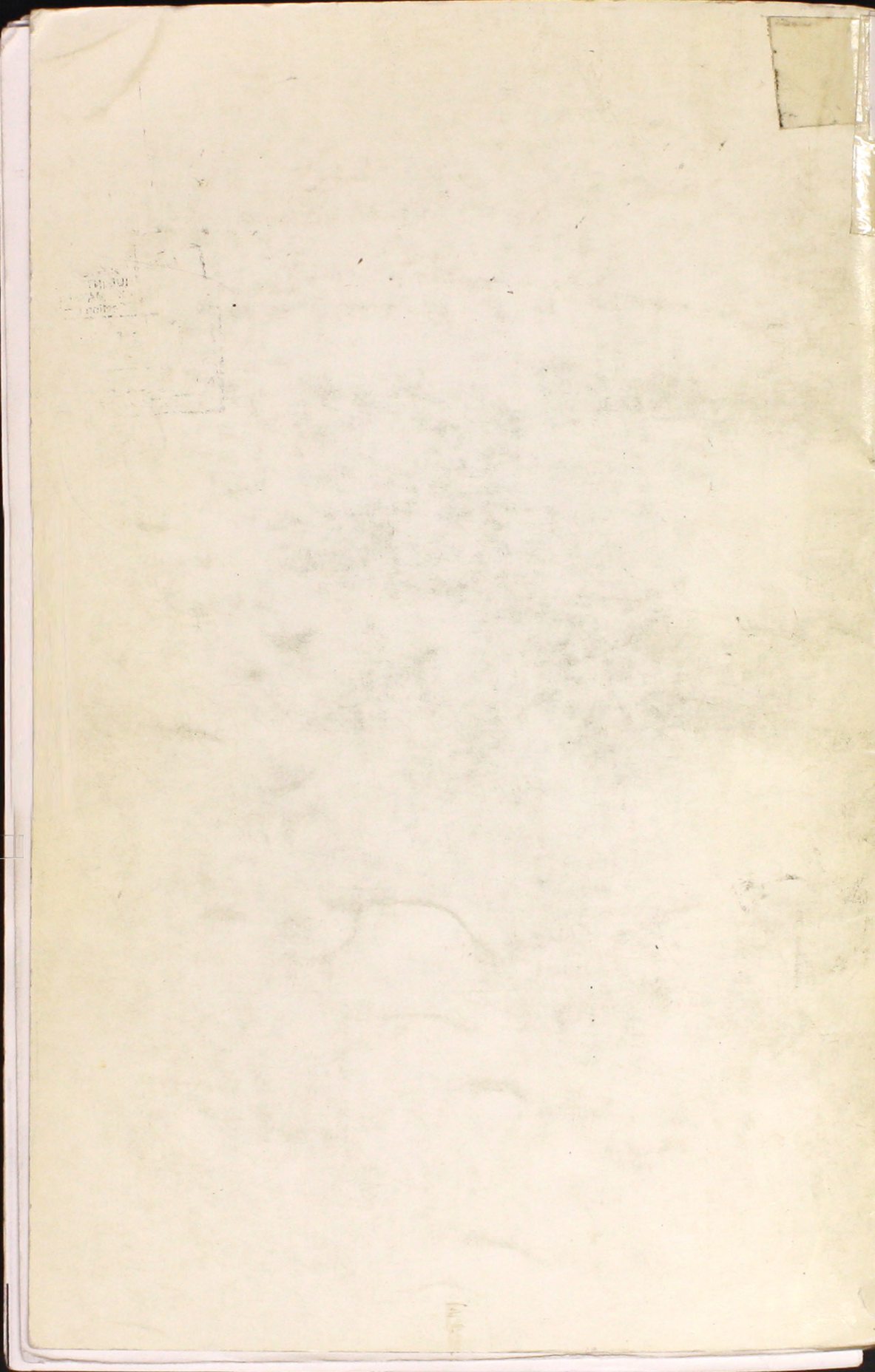
- 1 - Il existe en matière contractuelle un principe général de responsabilité du fait d'autrui fondé sur la représentation du débiteur par ceux qu'il se substitue.
- 2 - La représentation a pour effet principal d'assimiler le fait du préposé à un fait du débiteur et en conséquences les fautes caractérisées du préposé, produisent les mêmes effets que si elles étaient imputables au débiteur.
- 3 - Sauf texte contraire, tout préposé représente le débiteur à condition qu'il agisse dans le but de réaliser l'activité définie par celui-ci.



(206) Comparer avec Rodière, Article précité D. 1952 page 84 n° 11.

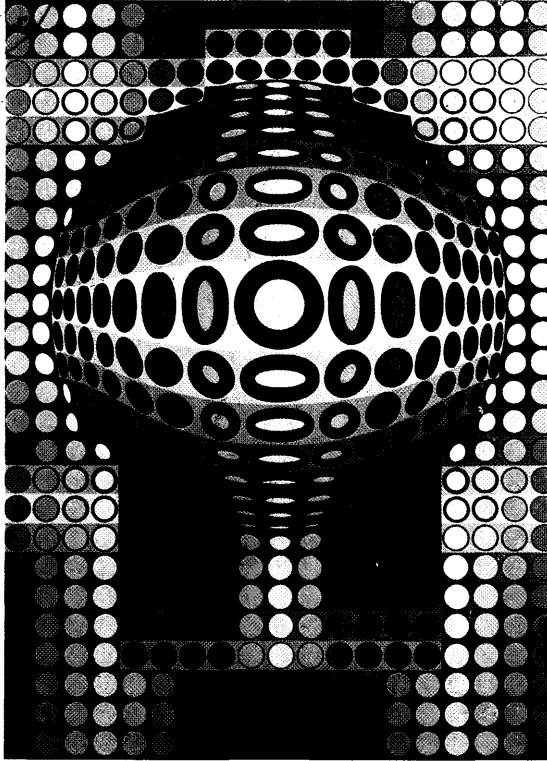
IMPRIMERIE PAUL ROUBAUD  
Typo - Offset  
15, rue Maréchal Joffre  
13100 AIGNE-PROVENCE

Avril 1981 - Octobre 1981



# DROIT PROSPECTIF

REVUE JURIDIQUE  
UNIVERSITAIRE  
D'AIX-MARSEILLE



*"La seule découvette digne de notre effort est de construire l'avenir"*

Pierre TEILHARD DE CHARDIN

M. le Doyen Henri BATIFFOL,

La responsabilité de la doctrine dans la création du droit.

M. le Professeur Michel VILLEY,

Critique de l'utilitarisme juridique

PRESSES UNIVERSITAIRES D'AIX-MARSEILLE





# **REVUE DE LA RECHERCHE JURIDIQUE DROIT PROSPECTIF**

**1981 - 2**

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

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

## 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
M. le Doyen Henri BATIFFOL	
M. Xavier BLANC-JOUVAN	Professeur à l'Université de Paris I
M. le Doyen Fernand BOULAN	Professeur à l'Université d'Aix-Marseille III
M. Pierre CATALA	Professeur à l'Université de Paris II
M. le Doyen Charles DEBBASCH	Professeur à l'Université d'Aix-Marseille III
M. Roland DRAGO	Professeur à l'Université de Paris II
M. le Doyen Louis FAVOREU	Professeur à l'Université d'Aix-Marseille III Président de l'Université
M. Maurice FLORY	Professeur à l'Université d'Aix-Marseille III
M. André de LAUBADERE	
M. Michel LESAGE	Professeur à l'Université de Paris I Directeur du Service de Recherches Juridiques (C.N.R.S.)
M. Edmond LISLE	
M. le Doyen Guillaume MATRINGE	Professeur à l'Université de Paris II
M. Bruno OPPETIT	Professeur à l'Université de Paris XI
M. André TUNC	Professeur à l'Université de Paris I

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

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

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

### **COMITÉ DE RÉDACTION**

- M. C. ATIAS : Rédacteur en chef. Les pages du Centre de Philosophie du Droit de la Faculté d'Aix-Marseille.
- M. D. LINOTTE : Éditorial - Tendances du droit contemporain.
- M. C. MOULY : Méthodes de la recherche juridique.
- M. J.-J. BOUSQUET : Activités de la Faculté de Droit et de Science Politique d'Aix-Marseille.
- M. R. GHEVONTIAN : Bilan des recherches de doctorat.

#### **Missions de recherche :**

- étudiants de doctorat
- collaborateurs des Centres de recherche.

**Secrétariat et service commercial :** U.E.R. Recherches juridiques,  
3, avenue Robert Schuman - 13628 Aix-en-Provence cedex.

Abréviation de référence : R.R.J.

#### **ABONNEMENT : 3 numéros par an**

Abonnement de soutien : 250 F

Abonnement (France) : 130 F

Abonnement (étranger) : 200 F

Numéro (France) : 50 F

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

Demandes à adresser à l'U.E.R. Recherches juridiques  
3, Avenue Robert Schuman - 13628 AIX-EN-PROVENCE

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

## **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

ÉDITORIAL.....	p. 101
MÉTHODES DE LA RECHERCHE JURIDIQUE :	
A propos d'une recherche bibliographique.....	p. 105
C.N.R.S. :	
L'apport des formations C.N.R.S. à la recherche en Droit du travail.....	p. 117
TENDANCES DU DROIT CONTEMPORAIN :	
I - Quatre raisons de croire en la codification progressive du droit administratif.....	p. 141
II - Le statut du corps humain (à propos du prélèvement d'organes).....	p. 142
LES PAGES DU CENTRE DE PHILOSOPHIE DU DROIT :	
Résumés de Conférences 1980-1981.....	p. 157
Conférences :	
◦ - M. le Professeur M. Villey : critique de l'utilitarisme juridique.....	p. 166
◦ - M. le Doyen H. Batiffol : la Responsabilité de la doctrine dans la création du droit.....	p. 175
Les fiches bibliographiques n° 9 et 10.....	p. 185
Premières réflexions sur la doctrine française de droit privé 1900-1930.....	p. 189
Un thème de recherche : la doctrine dans l'itinéraire législatif (suite).....	p. 202
ÉTUDES : J.-Y. CHÉROT	
Les techniques du juge administratif dans la détermination de la consistance du domaine public.....	p. 215

## ÉDITORIAL

par Didier LINOTTE

*La Doctrine, tel est le thème général qui sert d'ossature à cette nouvelle livraison de DROIT PROSPECTIF, REVUE DE LA RECHERCHE JURIDIQUE.*

*A vrai dire ce sujet pourrait étonner, voire irriter, tant le phénomène « doctrinal » est aujourd'hui à la fois ignoré ou contesté.*

*Ignoré, parce que la « doctrine » d'elle-même s'est faite plus discrète et ne revendique ni fonction, ni responsabilité particulières à l'égard des lois (V. déjà R.R.J. n° 9, p. 58). Les débats d'autrefois ont dû sembler trop abstraits, le droit d'aujourd'hui trop technique et spécialisé pour que ceux ayant mission de l'enseigner ne se soient pas réfugiés dans ce qu'il est convenu d'appeler, à tort peut-être, le « positivisme ».*

*Contesté, car on objecte qu'en démocratie les volontés - et partant, les opinions ? - sont égales au regard de la formation du droit. Comment donc pourrait-on attribuer au « Juriste », envisagé plus souvent « face à la société » qu'en son sein, une mission spécifique dans la critique et l'élaboration de la règle de droit ?*

*Pourtant, la mission de la Doctrine est indispensable et irremplaçable car elle est une mission de recherche.*

*C'est précisément à cause de la technicité croissante des règles, de la spécialisation de leur contenu, de l'inflation de leur nombre que les professeurs de droit et plus généralement tous les juristes chercheurs doivent contribuer à l'explication, à la synthèse et à la meilleure rédaction des lois. Ils doivent aussi recommander, en tireurs aguerris, la prudence dans l'usage du droit.*

*Quant au rôle du Juriste dans la société, il est bien certain qu'on ne vide pas en quelques lignes ni même en quelques pages une question aussi difficile que celle des rapports du Savoir et de la Souveraineté. Pour aujourd'hui, contentons-nous de dire que tous les régimes, y compris les démocraties libérales, connaissent des influences privilégiées dans leurs processus de décision et que - cela rejoint la question de la technocratie - le choix est moins entre les faire disparaître ou s'en accommoder, qu'entre les rendre publiques ou les laisser demeurer occultes.*

*Mieux connaître la Doctrine, aujourd'hui, dans la recherche juridique, tel est l'objectif de ce qui suit.*

### **Summary.**

Law Professors works or opinions are today not considered enough in making laws. This situation should be improved. The present review tell why and how.

# MÉTHODES DE LA RECHERCHE JURIDIQUE



## A PROPOS D'UNE RECHERCHE BIBLIOGRAPHIQUE

par Christian JOLY

---

*Le processus d'élaboration d'une bibliographie peut se décomposer en trois étapes essentielles :*

- *La délimitation du champ de la recherche ;*
- *La collecte des références ;*
- *La mise en ordre.*

• *La délimitation du champ de la recherche : c'est la première étape au cours de laquelle le chercheur évalue son travail en définissant les objectifs et l'ampleur souhaitable pour se fixer un délai, sélectionne ses sources d'information et éventuellement limite la période couverte par sa recherche, détermine les langues de travail.*

• *La collecte des références ne présente de problème particulier que dans la mesure où l'on a recours aux banques de données informatisées comme sources d'information. L'expérience a montré que leur utilisation ne procurait pas un travail immédiatement exploitable et que la communication analyste, interrogateur, chercheur, se révélait souvent délicate. Le bilan est positif du fait de la formidable extension du champ d'investigation que permet l'informatique.*

• *La mise en ordre commence par l'élaboration du plan puis vient le classement des références en fonction de celui-ci avec les difficultés que présentent les références indisponibles dont le titre révèle mal le contenu et celles qui ne portent que partiellement sur le sujet ; enfin, l'harmonisation de la présentation de références en plusieurs langues et de provenances fort diverses requiert méthode et précision ; elle doit aussi permettre une consultation aisée de la bibliographie.*

### **SUMMARY.**

The making of a bibliography can be divided into three separate steps :

- definition of the scope of the research,
- gathering of informations,
- ordering.

Definition of the scope of the research : This is the first step. The researcher estimates his task by defining the objectives and the desirable size of the biblio-

graphy in order to decide upon a completion time, selects his sources of information, and if necessary limits the period of time covered by the research, then chooses the languages to be taken into account.

Gathering of informations : At that stage there are specific problems only if the researcher uses computerized data. Experience revealed that using these sources does not provide a directly usable work, and that the communication involving analyst, interrogator and researcher is critical. The result is positive because of the drastic increase of the field of research offered by data processing.

Ordering : It starts with the making of a plan ; then the references should be classified according to that plan, with some difficulties arising from unavailable references which title does not clearly indicate the content, and references which only partly concern the topic of the bibliography. Finally harmonization of references from various origins and in several languages requires a strict method and accuracy ; it must allow an easy reference to the bibliography.

Les quelques lignes qui vont suivre n'ont pas pour ambition de proposer un modèle, moins encore de couvrir l'ensemble des problèmes qui se posent lors de la réalisation d'une bibliographie (1). Elles voudraient plus modestement souligner quelques unes des difficultés qui se posent lors de la réalisation d'un tel travail et montrer, de façon pragmatique, les solutions qui ont pu être apportées.

Le travail qui est la source de ces réflexions est une bibliographie (2) « sèche » et isolée : elle n'est pas annotée mais seulement ordonnée ; elle constitue le corps de la publication et ne complète directement aucun travail de fond (3). De cette situation découle un certain nombre de difficultés spécifiques.

Ce travail, d'autre part, est le résultat d'une recherche menée selon des méthodes qui seront bientôt celles de toute recherche bibliographique : il a en effet été fait largement appel aux banques de données informatisées.

L'élaboration d'une bibliographie peut se décomposer en trois grandes étapes :

- La délimitation du champ de la recherche ;
- La collecte des références ;
- La mise en ordre.

Ce sont les trois points qui vont être examinés successivement.

## **I - La délimitation du champ de la recherche**

Le point de départ, c'est l'évaluation du projet. Il faut pour cela préciser un certain nombre d'éléments qui vont ensuite dicter la marche de la

(1) Nous souscrivons entièrement à l'opinion de J. Rebol : « On a coutume de dire qu'il n'existe pas de méthode toute faite qu'on pourrait appliquer mécaniquement ni de recette pour élaborer une bonne bibliographie ». *Du bon usage des bibliographies*, Paris, Gauthier-Villars, 1973, p. 131.

(2) Christian Joly, *Bibliographie sur le transfert de technologie*, Aix-en-Provence, CERIC, 1980, 352 p.

(3) Cf. *infra*, note 1 p. 3.

recherche proprement dite. Ainsi, il faut établir au départ quelle catégorie d'utilisateur est visée, pour tenter d'en déduire le volume souhaitable de la bibliographie afin de fixer ensuite un délai pour l'achèvement du travail ; enfin, il faut déterminer les sources d'information ainsi que les langues étrangères qui seront éventuellement retenues.

- Cette évaluation est d'abord rendue délicate dans la mesure où le but poursuivi dans le cas envisagé est la publication d'une bibliographie isolée, c'est-à-dire qui ne s'intègre pas à une thèse, un article ou un ouvrage. En fait, ici, la bibliographie vient en complément d'un ouvrage réalisé sous l'égide du même centre de recherche (4). Mais, l'auteur de la bibliographie n'a pas contribué à cet ouvrage.

La recherche sur le fond du sujet et la recherche bibliographique sont donc indépendantes, ce qui signifie que le bibliographe n'a pas forcément une connaissance approfondie de la matière. La situation de l'étudiant en doctorat qui commence ses recherches par la bibliographie est similaire.

- Il convient en premier lieu de dégager l'orientation du travail en déterminant les utilisateurs auxquels on entend s'adresser : s'agira-t-il d'un outil de travail destiné principalement à des étudiants, d'un niveau plus ou moins avancé, ou bien à des chercheurs ? La réponse à cette première question permettra pour une part de préciser quel sera le volume de la bibliographie. On doit en effet s'interroger sur l'ampleur souhaitable d'une bonne bibliographie. Une bibliographie relativement succincte, et donc sélective, sera d'un maniement plus aisé pour l'étudiant qui ne désire pas faire une recherche approfondie sur le sujet. A l'inverse, on peut essayer de faire un recensement exhaustif, qui répondra mieux aux désirs des spécialistes ou des chercheurs plus avancés. Dans l'étude en question, le choix fait est celui de la seconde hypothèse : le recensement devra être exhaustif ou tenter de l'être. C'est ici qu'apparaît un des obstacles les plus difficiles à surmonter dans la perspective d'une bonne évaluation de départ du travail entrepris.

D'autre part, il faut également décider si la bibliographie s'adresse uniquement à des juristes, ou bien aussi à des économistes, et/ou des politologues. Cette question ne se pose pas automatiquement, mais elle a son importance dans des domaines fortement pluridisciplinaires. Ainsi, le transfert des techniques est un processus dont les aspects juridiques sont certains, mais n'aborder que ces derniers reviendrait à limiter grandement le champ d'investigation dans la mesure où ce thème, à l'image d'un grand nombre de questions internationales, ne peut se réduire à une problématique purement juridique. On optera donc ici pour une optique pluridisciplinaire, option dont l'effet immédiat est d'accroître le volume estimé de la bibliographie.

On dispose par ailleurs en général d'une bibliographie de base, quelques dizaines, une centaine de références, c'est-à-dire que la décision de

---

(4) R.-. Bizer, Y. Daudet, Un code de conduite pour le transfert de technologie, Paris, Economica, 1980, Xi, 217 p.



publier n'est pas prise ex nihilo. C'est le cas de l'expérience en cause. Mais ce « fonds » ne permet pas d'apprécier réellement l'importance de la littérature sur le sujet choisi ; tout au plus donne-t-il une indication. A ce stade, il est apparu très difficile d'envisager avec précision le volume de la bibliographie auquel on devait finalement aboutir. Or ceci conditionne évidemment les délais dans lesquels on entend achever et publier la recherche entreprise. Ceci est d'autant plus vrai que les tâches telles que l'harmonisation de la présentation des références, les vérifications contradictoires qui se sont révélées indispensables parce que les sources d'informations étaient extrêmement diversifiées, croissent de façon quasi-exponentielle avec le nombre de références dont on dispose. Est-il alors possible de fixer un chiffre arbitraire ? Cela se révèle délicat : tout au plus, lorsque les premières recherches laissent prévoir une « avalanche » de références peut-on envisager d'en éliminer un certain nombre en limitant la période couverte par la recherche. Se pose alors le problème de choix d'une date significative. C'est de la matière traitée dont peut seule dépendre ce choix. Dans le cas en question, il n'y a pas de date clef - les transferts de technologie ont, sous des formes juridiques plus ou moins évoluées, toujours existé entre communautés humaines dès lors qu'elles communiquaient - et le choix est arbitraire. Il est plus facile, semble-t-il, d'éliminer un certain nombre de références en laissant de côté certaines revues, en prenant par exemple le critère de disponibilité. Ainsi ne retiendra-t-on pas les articles publiés dans des revues introuvables en France.

Il est en effet nécessaire à ce stade de la recherche de se livrer à une première investigation qui permettra de sélectionner les sources d'information - bibliothèques, fichiers, revues - qui seront utilisées.

- Enfin, il faut déterminer les langues étrangères qui seront retenues. Il est en effet impossible, aujourd'hui, pour un internationaliste, au risque de largement réduire la portée du travail entrepris, de se limiter au français. C'est bien sûr le sujet de la bibliographie qui permet de faire ce choix et l'impose même dans certains cas, comme en l'espèce (5).

## II - La collecte des références

Nous classons à dessein les sources d'information en deux grandes catégories ; d'une part les sources que l'on peut qualifier de traditionnelles, d'autre part les sources informatiques. Les unes sont connues, couramment utilisées tandis que les secondes sont encore nouvelles et donc moins répandues.

- Les sources traditionnelles :

Il s'agit du travail de dépouillement des revues, ouvrages, bibliographies, périodiques qui sont à la disposition du chercheur dans les diverses

---

(5) Dans notre cas nous avons retenu, outre le français et l'anglais, l'espagnol ; nous savions en effet, qu'en Amérique Latine (au Mexique, dans le cadre du Pacte Andin et de l'accord de Cartagène), les problèmes du transfert des techniques ont fait l'objet d'une réflexion approfondie et d'un certain nombre de mesures concrètes. Notre choix a priori s'est notamment trouvé justifié lors de l'interrogation de la banque de données du B.I.T. à Genève. Sur un total de près de 800 références, 700 étaient dans les trois langues que nous avons sélectionnées.

bibliothèques auxquelles il peut avoir accès, ainsi que de la consultation des fichiers de ces bibliothèques, telles que ces sources ont été sélectionnées dans la première phase du travail. C'est une tâche qui ne pose pas de problème particulier, mais qui requiert une grande précision pour que par la suite, il ne soit pas nécessaire de procéder à une vérification systématique des références rassemblées. En les retranscrivant il faut donc faire particulièrement attention à bien en noter tous les éléments de la façon la plus claire possible.

- Les sources informatisées :

En abordant ces sources, on aborde les problèmes de l'utilisation des banques de données informatisées par un non-informaticien.

Les difficultés sont multiples, mais surmontables ; elles s'organisent principalement autour d'un thème central : la communication. C'est en effet de la bonne qualité de la communication entre l'interrogateur et le chercheur que dépendra la bonne qualité du « listing » bibliographique obtenu. Cette communication peut se décomposer en deux éléments principaux :

- L'appréhension du thème de la recherche par l'interrogateur ;
- La définition de mots clefs significatifs.

- L'appréhension du thème de la recherche par l'interrogateur : Il faut commencer par une conversation tout-à-fait informelle au cours de laquelle le chercheur explique brièvement ce qu'est son sujet. Il n'est pas certain, en effet, qu'un juriste se trouvera en face d'un interrogateur qui « sentira » son sujet, surtout si celui-ci est particulièrement spécialisé ; il en va de même pour tout autre discipline. Cette conversation liminaire doit donc permettre une analyse du sujet.

- La définition des mots clefs significatifs : Un certain nombre de mots clefs ont été sélectionnés par l'analyste qui a enregistré les références. Ce sont ces mots clefs qui vont permettre l'accès aux références désirées et donc d'en obtenir le titre. L'idéal ici serait d'établir une communication directe entre l'analyste qui a procédé au dépouillement des travaux enregistrés et le chercheur pour vérifier que chacun met bien le même contenu significatif dans le même terme. A ce point, il faut noter que la qualité du travail d'enregistrement de données est également essentielle. L'ordinateur ne restitue que ce qu'on lui a donné. Par ailleurs, le croisement ou l'addition de plusieurs mots clefs peut ne pas apporter le résultat souhaité, car il ne correspond pas obligatoirement à la démarche intellectuelle qui a présidé au stockage de l'information. C'est seulement en procédant à des essais que l'on se rendra compte de la plus ou moins grande sélectivité de l'interrogation ainsi formulée.

La communication analyste - interrogateur - chercheur est donc déterminée. D'autres éléments sont également importants. Ainsi la qualité de la présentation des listes de références obtenues. Une utilisation massive de l'abrégé constituera un handicap en particulier pour l'identification des titres de revues peu connues du chercheur ou qui sont ressemblants ; de

même que la mention du numéro du volume sans précision du numéro de fascicule. C'est principalement à l'égard des périodiques que ce type de problèmes se pose. C'est bien sûr la qualité du travail de l'analyste qui est en cause.

Enfin, le chercheur se heurte au problème des informations redondantes qui alourdissent considérablement le travail de dépouillement des listes de références. Celles-là sont difficilement évitables, dès lors que l'on interroge plusieurs banques de données dont l'optique est similaire. Elles présentent cependant parfois un intérêt dans la mesure où elles permettent de procéder à des vérifications contradictoires ou lorsque les informations obtenues à propos d'un document se complètent ou se précisent mutuellement.

Le bilan de ce type de recherche, en tenant compte des difficultés évoquées ici, reste positif. Il allie en effet la rapidité et l'étendue du champ de recherche. Il ouvre des perspectives nouvelles à la recherche bibliographique et donc à la recherche en général. Il met par ailleurs en lumière l'intérêt, voire la nécessité, d'une formation adéquate pour que le chercheur lui-même soit à même de se confondre avec l'opérateur qui procède à l'interrogation résolvant ainsi pour une part la difficulté fondamentale de la communication. A plus ou moins long terme le chercheur qui sera incapable de manier l'outil informatique se coupera d'une source d'information devenue la plus importante. Imaginerait-on un chercheur qui ne saurait pas lire ?

### III - La mise en ordre :

Le contexte est ici celui d'une publication ; les remarques qui vont suivre peuvent cependant s'appliquer à toute bibliographie, en particulier sur fichier dès lors que l'on désire l'ordonner.

- Les problèmes de fond :

Comme dans n'importe quel autre travail, il faut d'abord élaborer un plan. Le plan le plus couramment retenu dans une bibliographie consiste à classer les références selon la forme : ouvrages, articles, documents. Mais il est tout à fait concevable de procéder différemment et notamment d'ordonner les références selon le fond. C'est ce qui a été fait dans l'expérience en cause. Le volume de la bibliographie l'imposait, tout autant que la multiplicité des aspects du problème traité. Il est même possible de combiner les deux modes de classement, mais avec le risque d'aboutir à une fragmentation excessive, préjudiciable à la bonne présentation du travail.

Il convient à ce stade d'affiner la délimitation du sujet, telle qu'elle a été arrêtée au début de la recherche. En effet, il est probable, particulièrement dans le cas d'une bibliographie isolée, qu'un certain nombre de références débordent, pour une part de leur contenu, du cadre fixé. C'est le cas lorsque le thème du travail comporte des aspects pluridisciplinaires, ou que celui-ci se démarque difficilement de questions connexes, dont certaines sont très vastes (6).

---

(6) Ainsi dans le cas de notre sujet sur le transfert de technologie, la CNUCED inclut dans sa problématique le « transfert inverse », ou encore l'exode des compétences, ce qui conduit à l'étude des problèmes des migrations internationales de travailleurs qualifiés. Sur le fond, les questions sont liées mais elles ont cependant paru trop éloignées notamment sur le plan de l'analyse juridique pour devoir être incluses dans le même travail. La littérature très abondante sur l'exode des compétences aurait de plus conduit à un gonflement de la bibliographie préjudiciable à sa qualité.

Une certaine part d'arbitraire est inévitable ici, qu'il convient simplement d'expliquer, si ce n'est justifier. Sur cette base, il est alors utile de tester la qualité du plan en s'assurant que toutes les références que l'on envisage d'y intégrer y trouvent place de façon satisfaisante. Là encore, il est nécessaire de faire preuve de pragmatisme et d'accepter de voir évoluer le plan, dans ses détails surtout, au fur et à mesure de l'élaboration de la bibliographie. Il faut avoir un plan au départ, mais plus comme un guide que comme une contrainte.

Vient ensuite la répartition des références accumulées, qui constitue en même temps l'ultime sélection. L'importance des problèmes qu'elle pose varie inversement avec la qualité de la première sélection faite lors du dépouillement, la qualité des informations fournies par les banques de données informatisées, et la précision et l'adéquation du cadre initialement défini.

- Un premier cas de difficulté vient de ce que certaines références, obtenues par dépouillement de sources bibliographiques ou par interrogation d'une banque de données informatisées, ne sont pas disponibles au lieu de travail du chercheur. Le prêt inter-bibliothèques, une mission dans une autre bibliothèque peuvent apporter la solution ; mais lorsque le nombre de références est élevé, ceci n'est plus guère praticable. Le problème est délicat à résoudre lorsque le titre du document en question est trop vaste ou trop abstrait pour fournir une idée précise du contenu et donc de permettre, sans consultation, un classement pertinent. Parfois, et c'est notamment le cas des « listings » obtenus par interrogation des fichiers informatisés une note, ou un ensemble de mots explicatifs du contenu, accompagne la citation de la référence. Dans bien des cas, ces quelques indications suffisent, mais il peut arriver que celles-ci ne soient pas assez explicites. On bute ici sur une difficulté inévitable dès lors que la recherche bibliographique couvre un champ plus large que celui auquel le chercheur a normalement et physiquement accès (7).
- De même lorsque le contenu d'un travail déborde de façon importante sur des matières qui ont été écartées lors de la délimitation du sujet, mais dont une part reste tout à fait pertinente, il n'est pas toujours possible de ne citer que la partie intéressante ; là encore il faut faire un choix arbitraire qui soit privilégie le caractère exhaustif du travail avec le souci de fabriquer un bon outil pour les chercheurs, soit donne la préférence à une certaine pureté et conduit au rejet de la référence en question. C'est la première option que nous avons retenue.
- Enfin, ces deux dernières difficultés peuvent se combiner ; il est indéniable qu'il est difficile de les surmonter alors, et que le choix fait, quel qu'il soit, présente un risque quant à la qualité du travail. Avec modestie et réalisme, on doit convenir ici qu'une bibliographie est rarement sans faute ni faille.

---

(7) On pourrait avancer l'argument selon lequel il n'y a pas d'intérêt à citer des travaux inaccessibles pour l'auteur de la bibliographie ; ce serait appauvrir celle-ci qui s'adresse à des chercheurs qui auront peut-être accès à ces documents.

- Les problèmes de forme :

Dans l'élaboration d'une bibliographie, ces problèmes sont essentiellement ceux de l'harmonisation de la présentation des références. C'est un point délicat en particulier lorsque sont abondamment recensés des travaux en langues diverses et des documents plus ou moins bien répertoriés.

Ceci provient d'abord de la présentation extrêmement variable des travaux eux-mêmes, en particulier des articles et documents divers (8). Ceci complique bien évidemment la tâche du bibliographe.

Il convient de plus de souligner ici une certaine fantaisie qui règne quant à la façon de citer ces travaux. La pagination n'est pas toujours indiquée, les titres abrégés alternent avec les titres cités dans leur totalité, ou encore le lieu de publication ne figure que pour certaines revues.

Étendue à des publications de provenances très diverses, cette question prend plus d'ampleur encore. On peut tenter de suivre la méthode de citation en usage dans le pays d'origine du document concerné. Encore faut-il être sûr de bien connaître cette méthode, les réserves faites plus haut quant à la fantaisie dans la manière de présenter les références s'appliquant également aux revues étrangères. Mais, un tel choix aurait surtout pour effet de prévenir toute harmonisation.

Dans toute la mesure du possible, il vaut donc mieux essayer de respecter la norme française et pour les documents en provenance d'organisations internationales, fournir le plus grand nombre possible d'indications (9). En particulier, nous avons pris le parti d'énoncer le titre des revues, dans leur totalité, même lorsque la pratique et l'habitude auraient pu dicter le choix contraire, afin non seulement d'harmoniser la présentation des références, mais aussi et principalement, de faciliter le travail de l'utilisateur de la bibliographie.

En dégagant méthodiquement les éléments qui composent l'ensemble de la citation et en les ordonnant ensuite de façon similaire, il est ainsi possible de présenter harmonieusement des travaux extrêmement divers.

On ne saurait terminer sans souligner l'intérêt qu'il y a pour l'utilisateur à compléter la bibliographie par un ou plusieurs index ; un index-auteurs est en fait indispensable.

Devant le travail achevé, qui représente dans la circonstance trois cents pages de références, une question vient à l'esprit : l'utilisation d'une telle bibliographie ne serait-elle pas plus aisée si elle était mise sur un fichier informatisé ? La réponse sera assurément : oui, dès lors que les chercheurs

---

(8) Sur ce point, cf. J. Reboul, op. cité, p. 97, « bien qu'une norme de présentation des périodiques ont été publiée, ceux-ci ont un aspect des plus divers et des plus fantaisistes ».

(9) Il y a un intérêt certain par exemple dans le cas des documents des Nations-Unies à donner et le numéro du document et son numéro de vente s'il en existe un, dans la mesure où chacune des deux indications permet de le repérer.

auront à leur disposition les supports matériels nécessaires au stockage et à la consultation de ce type de travaux. Quelque futuriste qu'elle puisse apparaître - et elle ne l'est sans doute que modérément - cette réponse devrait inciter les chercheurs à mieux se préparer au maniement de l'outil informatique, dont la recherche bibliographique se passera de plus en plus difficilement à l'avenir.

## INDICATIONS BIBLIOGRAPHIQUES

- Associations Française de Normalisation.

*Références bibliographiques : éléments essentiels et complémentaires.* Paris, AFNOR 1967, 11 p. (Norme française homologuée, Documentation NF Z 44-005).

- Association Française de Normalisation.

*Présentation des publications périodiques.* Paris, AFNOR 1970, 11 p. (Norme française homologuée, Documentation NF Z 44-001).

- Dreyfus, Simone.

*La thèse et le mémoire de doctorat en droit.* Paris, Armand Colin, 1971, 511 p., Esp pp. 303-310.

- Raybaut, Paul.

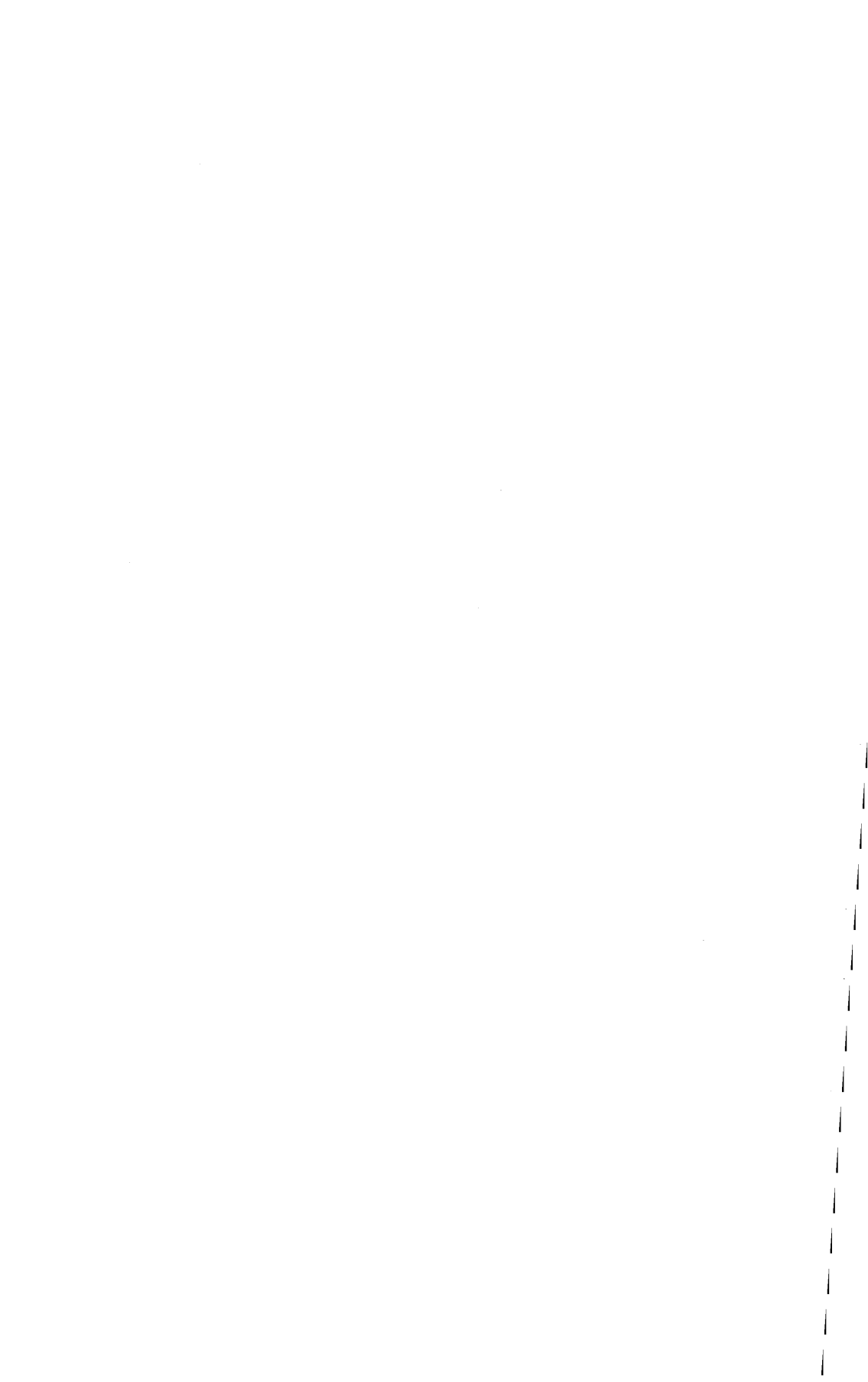
*Thèses et mémoires. Normes de présentation.* Nice, Centre du XX<sup>e</sup> siècle, Université de Nice, UER Civilisation IDERIC, 25 p.

- Reboul, Jacqueline.

*Du bon usage des bibliographies.* Paris, Gauthier-Villars, 1973, 239 p.

- Wall, Edward (compiled by).

*Periodical title abbreviation.* Detroit Gale Research Co, 1969, 210 p.



**C.N.R.S.**





## L'APPORT DES FORMATIONS C.N.R.S. A LA RECHERCHE EN DROIT DU TRAVAIL

*La consultation de l'annuaire C.N.R.S. (1980) pour les Sciences de l'homme (1) fait découvrir combien sont nombreuses les formations dont les recherches intéressent, de près ou de loin, le droit du travail. Les unes sont à dominante juridique, les autres peuvent fournir de très utiles informations sur les données de la législation : qui niera qu'une réflexion sur la réglementation des conditions de travail ait beaucoup à gagner de la confrontation avec les acquis de Physiologie du travail, par exemple ? Ne devrait-ce pas être une des fonctions primordiales du C.N.R.S. que de briser les barrières élevées par les traditions entre les disciples ? Il est regrettable qu'aucune obligation en ce sens ne soit imposée aux chercheurs qui bénéficient de l'aide du C.N.R.S.*

### Summary.

Industrial relations give rise to many studies, juridical, economical, physiological, etc... subsidized by the C.N.R.S. (National Center of Scientific Research).

---

### Abréviations :

LP : laboratoire propre.

LA : laboratoire associé.

GR : groupe de recherche.

ER : équipe de recherche.

ERA : équipe de recherche  
associée.

RCP : recherche coopé-  
rative programmée.

GIS : groupement d'intérêt scientifique.

GRECO : groupement de recherche coordonnée.

---

Afin de favoriser les relations interdisciplinaires entre tous les chercheurs qui s'intéressent aux relations sociales, nous avons donné toutes les informations utiles sur les équipes (responsable, collaborateurs, adresses, etc...). Nous avons également indiqué les principaux thèmes de recherches relatives aux relations sociales. Il va de soi que beaucoup d'équipes s'intéressent aussi à d'autres domaines de recherches.

---

(1) Cet ouvrage peut être acquis auprès du Centre de Documentation Sciences Humaines, 54, bd Raspail - 75006 PARIS. Nous tenons à remercier ici Mme V. VINCENT de nous avoir autorisé à en reproduire certains passages.

**RUBRIQUES :**

- I - Formations à caractère juridique.
- II - Autres formations.
  - A - Economie.
  - B - Sociologie et démographie.
  - C - Physiologie. Psychophysiologie. Psychologie.
  - D - Histoire et géographie.
  - E - Anthropologie.
  - F - Philosophie.

**I - FORMATIONS A CARACTÈRE JURIDIQUE****LA : 04 0301 - TRANSFORMATIONS DE L'APPAREIL PRODUCTIF ET STRUCTURATION DE L'ESPACE SOCIAL (LATAPSES) (1)**

Université de Nice - UER Droit et Sciences Économiques : 34 avenue Robert Schuman - 06000 Nice - Tél.: (93) 97.08.00

Directeur : M. BERTHOMIEU Claude, Professeur

Mise à jour : 1980

**• THÈMES DE RECHERCHE**

Transformations de l'appareil productif et structuration de l'espace social.

**Transformations de l'appareil productif : capital productif et financier et main-d'œuvre salariée.**

**Évolution des fractionnements possibles de l'appareil productif.**

**Aspects sociologiques**

**Nouvelles conditions de travail et appareil de formation et d'enseignement**  
**Évolution du rapport salarial, des modes de consommation et des modes de vie.**

Aspects juridiques

Forme juridique et entreprise

Formes juridiques de la « politique industrielle »

La protection et l'information des consommateurs

Évolution du droit économique dans le contexte des transformations de l'appareil productif.

Structuration de l'espace social : le phénomène d'urbanisation et les relations région-nation.

Aspects juridiques

Formes juridiques et multinationalisation de l'appareil productif

Aspects juridiques de la régionalisation et aménagement de l'espace.

Un sous-groupe de ce laboratoire fait partie du GRECO 20.

---

(1) Le centre est également implanté à l'UER Lettres et Sciences humaines de l'Université de Nice Boulevard Carlone 06200 Nice. Tél.: (93) 86.35.00.

**ERA : 07 0147 - CENTRE D'ÉTUDES JURIDIQUES ET ÉCONOMIQUES  
DE L'EMPLOI (Institut d'études de l'emploi)**

Université de Toulouse I - Place Anatole France - 31070 Toulouse Cedex  
Tél.: (61) 21.17.15

Responsable : M. VINCENS Jean, Professeur

Mise à jour : 1978

---

• THÈMES DE RECHERCHE

Section économique (J. Vincens)

Le marché du travail

Le concept du marché local du travail (L. Mallet)

Division et organisation du travail :

Les tâches tertiaires dans l'entreprise industrielle (M. Pouget)

Le Répertoire français des emplois (M. Pouget)

Les relations formations-emplois :

Enseignement technologique : monographies fondées sur des établissements d'enseignement (CET, lycées techniques) et étude de l'insertion professionnelle d'une promotion de diplômé.

Université : enquêtes sur l'insertion professionnelle des étudiants diplômés ou non ; analyse du déroulement des études des étudiants inscrits depuis 1972.

Participation à l'ATP Changement social et culturel

Relations entre le système éducatif et le système d'accès aux emplois.

L'emploi public

Essai de classification des entreprises publiques selon leur système de gestion du personnel et des emplois

La prévision des effectifs dans la fonction publique (G. Ourliac)

Modèle de prévision de la population du CNRS (P. Couronne).

Réduction de la durée hebdomadaire du travail

Les mécanismes de la réduction de la durée hebdomadaire du travail en France depuis 1968.

L'emploi dans le secteur tertiaire (Y. Dupuy).

Section juridique (M. Despax)

Étude sur la faute du salarié

Le salaire et les accessoires de salaires

Les aspects juridiques de la qualification professionnelle

Les accords sur la réduction de la durée du travail

Recherches mixtes

La réduction conventionnelle de la durée du travail depuis 1968

La diversification du temps de travail hebdomadaire

Le statut du salarié.

**ERA : 07 0285 - SOCIÉTÉ DE LÉGISLATION COMPARÉE**

(Centre français de droit comparé)

28, rue Saint Guillaume - 75700 Paris - Tél.: 544.44.67

Responsable : M. BLANC-JOUVAN Xavier, Professeur

Mise à jour : 1979

---

• THÈMES DE RECHERCHE

Japon : Le contrat de travail.

Yougoslavie :

La protection pénale de l'autogestion (Yougoslavie)

La responsabilité pénale du chef d'entreprise (France).

• PÉRIODIQUES ET COLLECTIONS

Revue internationale de droit comparé (trimestriel).

**ERA : 07 0862 - GROUPE DE SOCIOLOGIE DE LA CRÉATION  
INSTITUTIONNELLE** (Centre d'études sociologiques)

CES 82 rue Cardinet - 75017 Paris - Tél.: 267.07.60

Responsable : M. SAINSAULIEU Renaud, Professeur

Mise à jour : 1980

• THÈMES DE RECHERCHE

Recherche sociologique sur les processus liés à la création d'institutions nouvelles  
Les processus de la démocratisation dans le fonctionnement des petites et grandes entreprises.

Le développement du fonctionnement collectif dans les organisations (R. Sainsaulieu, R. Nehmy, P. E. Tixier).

Les fondements idéologiques et culturels du fonctionnement collectif (R. Nehmy).  
Fonctionnement collectif et règle de droit (P. E. Tixier).

L'invention de rapports inter-institutionnels

Structures et systèmes de la décision en matière d'aide sociale à l'enfance : approches institutionnelles et culturelle (R. Sainsaulieu).

Les milieux-supports à la création d'entreprise (A. Exiga, P. Richard, R. Sainsaulieu).

L'action expérimentale : mise en place, diffusion et généralisation

L'entreprise expérimentale, une étude de cas en milieu industriel d'implantation (P. Richard).

L'intervention dans le secteur des administrations publiques pour la mise en place de nouvelles conditions de travail (P. Barrault, M. Piazza, R. Sainsaulieu).

Évaluation sociologique des expériences d'amélioration des conditions de travail (R. Sainsaulieu).

L'évolution des pratiques de consultation juridique (J. Arocena, P. E. Tixier, R. Sainsaulieu).

Les processus d'apprentissage

La diffusion du diagnostic de système et le changement des pratiques de formateurs (R. Sainsaulieu)

Situations de travail et inadaptation au travail (A. Exiga, M. Forse, G. Lajoignie, M. Morel, R. Sainsaulieu).

Étude sociologique des groupes d'apprentissage pour adultes ; évolution des mentalités individuelles et collectives (G. Seltzer).

**II - FORMATIONS A CARACTÈRE ÉCONOMIQUE, SOCIOLOGIQUE...**

A - Économie

**ERA : 07 0137 : CENTRE ÉCONOMIE ESPACE ENVIRONNEMENT**  
(Université de Paris I)

Centre Tolbiac - 90 rue de Tolbiac - 75013 Paris - Tél.: 584.11.66

Responsable : M. AYDALOT Philippe, Professeur

Mise à jour : 1980

• THÈMES DE RECHERCHE

Étude de l'interaction entre les phénomènes industriels et l'espace

L'analyse des marchés de l'emploi (E. Decoster, M. Tabaries)

Main d'œuvre féminine et division spatiale du travail.

Analyse des stratégies de logement des entreprises en liaison avec le choix d'une force de travail (C. Pottier).

Les incidences de l'évolution des emplois sur la demande de logements.

La détermination des prix et loyers des logements, de l'investissement global, des dépenses des ménages consacrées au logement.

Les nouvelles formes de la division spatiale du travail depuis le début de la crise (F. Lew)

Main d'œuvre immigrée et division spatiale du travail (Perez-Nieto).

• PÉRIODIQUES ET COLLECTIONS

Cahiers du Centre « Économie-Espace-Environnement »

Dossiers du Centre « Économie-Espace-Environnement »

**ERA : 070088 - SÉMINAIRE D'ÉCONOMIE DU TRAVAIL (SET)**

Université de Paris I - 90 rue de Tolbiac - 75013 Paris - Tél.: 584.11.66

Responsable : M. BARTOLI Henri, Professeur

Mise à jour : 1978

---

• THÈMES DE RECHERCHE

Emploi et chômage :

Temps et durée dans la théorie économique de l'offre de travail, de la consommation de temps loisir aux variables explicatives de la durée du travail (Michon).

La mobilité et l'instabilité de l'emploi (Germe).

Les politiques du personnel et les formes particulières d'emploi (à temps partiel, temporaire, occasionnel, intérimaire). Enquête en Loire-Atlantique, dans le Nord et la Seine-Saint-Denis (Michon, Germe).

Le chômage comme cause de pauvreté (Mme Barrère-Maurisson).

La mobilité de l'emploi entre les régions de programme françaises et à l'intérieur de ces régions (Bonnet).

Analyse probabiliste du fonctionnement du marché du travail par l'étude de la redistribution de la force de travail entre le chômage, l'inactivité et les emplois suivant la fréquence des mouvements et la durée des séjours dans les différents états.

La condition économique et sociale des auteurs (Mlle Vessilier).

Attentes et besoins des assurés sociaux en matière de service social (Bartoli, Barrère-Maurisson).

Le travail féminin :

Mouvements historiques de l'activité féminine.

Études des recensements et des enquêtes ouvrières au XIX<sup>e</sup>.

Tendances nouvelles de l'emploi féminin depuis 1968.

Rôle des femmes dans le flux de la main d'œuvre.

Sélection des femmes par le chômage.

**ER : 06 0129 - ÉCONOMIE ET TECHNIQUES DE PLANIFICATION  
DES PAYS DE L'EST**

CNRS 27 rue Paul Bert - 94200 Ivry-sur-Seine - Tél.: 670.11.52

Responsable : M. ZALESKI Eugène, Directeur de recherche      Mise à jour : 1978

---

• THÈMES DE RECHERCHE

Les conditions sociales et la qualité de la vie dans les pays de l'Est européen :  
L'industrialisation de l'agriculture soviétique (B. Kerblay).  
Les objectifs à long terme de la politique de l'emploi en URSS (J. Delamotte).  
Mobilité sociale : croissance économique et différenciations socio-économiques en  
Europe orientée (G. Mink).

**LA : 04 0055 - LABORATOIRE D'ÉCONOMIE POLITIQUE DE L'ÉCOLE  
NORMALE SUPÉRIEURE (École Normale Supérieure)**

ENS 45 rue d'Ulm - 75230 Paris - Tél.: 329.12.25

Directeur : M. MORRISSON Christian, Professeur      Mise à jour : 1980

---

• THÈMES DE LA RECHERCHE

Travaux sur la répartition et la redistribution des revenus :  
Pays développés (F. Bourguignon, C. Morisson)  
Recherche de méthodologie commune avec application à la Grande-Bretagne et à la  
France de nouvelles investigations théoriques et une étude des facteurs d'inégalité  
en France à partir d'indicateurs décomposables.  
Répartition salaire-intérêts-profits dans l'industrie française : analyse par taille  
visant à discerner les effets éventuels du taux de syndicalisation sur l'évolution du  
salaire moyen nominal.

**LA : 04 0056 - CENTRE RÉGIONAL DE LA PRODUCTIVITÉ ET DES ÉTUDES  
ÉCONOMIQUES (CRPEE)**

Université de Montpellier I - 39 rue de l'Université - 34060 Montpellier Cedex  
Tél.: (67) 72.39.37

Directeur : M. BADOUIN Robert, Professeur      Mise à jour : 1980

---

• THÈMES DE RECHERCHE

Analyse comptable régionale (J. Ousset).  
Région et problèmes économiques fondamentaux (R. Badouin)  
La relation croissance-chômage dans les économies régionales.  
Les mécanismes d'apparition ou de croissance du chômage dans les espaces régionaux.

Mobilité-migration :

La mobilité professionnelle

La mobilité intra-régionale

Les migrations interrégionales en France

• PÉRIODIQUES ET COLLECTIONS

Revue de l'économie méridionale (trimestriel)

**ERA - 07 0153 - ÉCONOMIE PUBLIQUE DES RESSOURCES HUMAINES**  
(CEPREMAP)

142 rue du Chevaleret - 75013 Paris - Tél.: 584.14.20

Responsable : B. BENARD Jean, Professeur

Mise à jour : 1978

---

• THÈMES DE RECHERCHE

Travaux d'achèvement et de première exploitation du modèle Agora :

Mise au point des trois sous-modèles Éducation, Emploi et Santé et du modèle général.

Élaboration par le modèle Agora de projections sur deux décennies (1971-1991) selon diverses variantes.

Analyse et commentaire économique.

Marché du travail et relations avec le système éducatif :

Les effets de l'éducation sur l'ajustement de l'offre de travail à la demande de travail par les différents secteurs d'activité économique.

Structure, volume de l'emploi et qualité de la main d'œuvre.

Activités et financement du système des soins :

Effets de l'évolution technologique médicale.

Variantes de financement et leurs effets économiques.

Étude des relations entre état de santé, conditions de travail et marché de l'emploi.

Traitement théorique de la tutelle et de l'insertion du capital humain dans les modèles macroéconomiques.

**ERA : 07 0576 - APPROCHE DE LA MODIFICATION DES RAPPORTS  
SOCIAUX DANS UNE SOCIÉTÉ EN COURS D'INDUSTRIALISATION  
ET D'URBANISATION GÉNÉRALISÉE**

(Centre de recherches et d'études sociologiques appliquées à la Loire (CRESAL))

6 place de l'Hôtel de Ville - 42000 Saint-Étienne - Tél.: (77) 32.82.87

Responsable : M. MIFSUD Pierre, Professeur

Mise à jour : 1979

---

• THÈMES DE RECHERCHE

Travail féminin (J. Hominal)

Recherches d'éléments de réflexion sur la mobilité à partir de 1950 (E. de Banville).

Les conséquences de l'internationalisation de la production sur les régions françaises (J. Roux).

Cette équipe fait partie du GRECO 20.



**ERA : 07 0775 : ÉCONOMIE DE LA FIRME** (Université de Lille I)

Institut de préparation aux affaires - 1 bis rue Georges Lefèvre - 59043 Lille Cedex  
Tél.: (20) 52.32.56

Responsable : D. DEBOURSE Jean-Pierre, Professeur

Mise à jour : 1978

• THÈMES DE RECHERCHE

Analyse interne d'un nombre important de firmes sur des séries temporelles longues en partant le plus souvent possible de leur création.

Données sociales et conflits sociaux.

**ERA : 07 0872 - ÉCONOMIE DES CHANGEMENTS TECHNOLOGIQUES**

IEE - Université de Lyon II - 16 quai Claude Bernard - 69007 Lyon - Tél.: (7) 869.24.45

Responsable : M. JACOT Jacques-Henri, Professeur

Mise à jour : 1980

• THÈMES DE RECHERCHE

Économie des changements technologiques.

Hypothèses de travail en vue d'une conceptualisation nouvelle des changements technologiques :

Le changement technologique comme « opérateur » technique, économique et social. Autonomie et dépendance à l'égard des rapports sociaux.

La dynamique du système productif comme cadre théorique d'ensemble :

La dynamique des systèmes techniques comme résultat sous l'angle de la valeur d'usage de mouvements de filiations, de convergences et de transferts de technologie.

La dynamique du système industriel comme résultat sous l'angle de la valeur d'échange de l'articulation entre dynamique des systèmes techniques et contraintes de valorisation des capitaux.

La dynamique du système productif comme expression sous l'angle de la valeur de l'articulation entre dynamique du système industriel, mouvement de la force de travail et besoin social.

Domaine concret de la recherche :

Axes de recherche transversaux :

Étude de la force du travail liée aux changements technologiques, notamment : rôle du savoir-faire, évolution des qualifications et de l'organisation du travail.

Recherches en matière de consommations collectives et de mode de vie sous l'angle des changements technologiques qui y interviennent, notamment : informatisation dans le secteur des services et des administrations, innovations technologiques au sein du « système de santé ».

**GRECO : 13 0020 - ÉCONOMIE INDUSTRIELLE**

Institut de recherche en économie de la production

Université de Paris X - 2 rue de Rouen - 92000 Nanterre - Tél.: 725.92.34

Responsable : M. BANDT (DE) Jacques, Maître de recherche

Mise à jour : 1980

• THÈMES DE RECHERCHE

Analyse du système productif français sous ses divers aspects, en vue d'expliquer l'évolution et les performances du système productif.

Axes de recherche :

Les groupes

Évolution et régulation du système productif dans son ensemble, sous son aspect régional.

Les dimensions internationales

Les stratégies des entreprises

Les PME

Les filières de production

Ce groupement rassemble les équipes suivantes :

Centre d'étude et de recherche sur le capitalisme (CERCA)

Université de Paris VIII - Route de la Tourelle - 75571 Paris Cedex 12 - Tél.: 374.12.50

Centre de recherches en économie industrielle (CREI)

Université de Paris XIII - Avenue J.-B. Clément - 93420 Villetaneuse - Tél.: 821.61.70

Centre de recherche en économie industrielle et en gestion européenne et internationale (CREIGEI)

Université de Paris I - 12, place du Panthéon - 75231 Paris Cedex 05 - Tél.: 329.12.13

Centre de recherche et d'études sociologiques appliquées de la Loire (CRESAL) - ERA 576

Centre de recherche sur l'industrialisation et le développement (CRID)

IREP Développement : BP 47 X. Centre de tri - 38040 Grenoble CEDEX -

Tél.: (76) 54.81.78

Département de gestion des entreprises (DEGE)

1, rue Grandville - 54042 Nancy Cedex - Tél.: (28) 35.09.97 - 36.06.38

Équipe de recherches sur la firme et l'industrie (ERFI) - Université de Montpellier I

39, rue de l'Université - 34000 Montpellier Cedex - Tél.: (67) 72.69.80

Équipe de recherche en économie de la firme : Vie des firmes en longue période (ERSI) - ERA 775

Groupe d'études sur les systèmes industriels (GESI)

Université de Rennes - 7, place Hoche - 35000 Rennes - Tél.: (99) 63.04.44

Groupe de recherches sur l'évolution des structures de l'appareil productif (GRESAP sous-groupe du LA 301)

Institut de droit économique d'Orléans

Université d'Orléans - Faculté de droit et sciences économiques

Rue de Blois - 45100 Orléans - Tél.: (38) 63.22.69

Institut de recherche en économie de la production (IREP) - ER 128

Laboratoire d'études et de recherches sur l'économie de la production (LEREP)

Université de sciences sociales

2, rue Albert Lautmann - 31000 Toulouse - Tél.: (61) 23.10.45

**N.B.** : Voir aussi

- Rubrique juridique : LA 04 0301

ERA 07 0147

- Rubrique sociologie : LP 00 7511

B - Sociologie et démographie**LP : 00 7511 - LABORATOIRE D'ÉCONOMIE ET DE SOCIOLOGIE  
DU TRAVAIL - LEST**

Chemin du Coton-Rouge - 13100 Aix-en-Provence - Tél.: (42) 26.59.60

Directeur : M. ROUSTANG Guy, Maître de recherche

Mise à jour : 1979

## • THÈMES DE RECHERCHE

La production de la hiérarchie dans l'entreprise : recherche d'un effet sociétal :  
Étude des inégalités de salaires et des structures hiérarchiques dans l'industrie française et allemande.

Mise en relation de l'organisation des entreprises avec le système de formation, la structure sociale et les relations professionnelles dans les deux sociétés comparées (M. Maurice, F. Sellier, J.-J. Silvestre).

Analyse des structures productives et de leur rôle dans :

La division et l'organisation du travail

La différenciation de la classe ouvrière

Les conflits sociaux (R. Cornu).

Réflexion théorique et analyse des données sur :

Les relations entre structures industrielles

Le fonctionnement et l'équilibre du marché du travail

En France et en Allemagne (J. Bouteiller).

Relations formation-emploi-qualification-mobilité (J.-J. Silvestre, O. de Fontmagne, C. Marry).

Relations entre la mobilité (y compris le chômage), la qualification et la gestion de la force de travail à l'intérieur du bassin d'emploi de Marseille (F. Stoeckel).

Problèmes socio-économiques de la santé (J. Brunet-Jailly, S. Darbon, G. Gobin, P. Huard, P. Mosse).

Absentéisme, consommation médicale et assurance-maladie (S. Darbon)

Étude des profils de malades en milieu hospitalier (contrat ATP santé) (D. Gobin, P. Mosse).

L'hôpital comme organisation (P. Huard)

L'alcoolisme à l'hôpital (P. Mosse)

La demande de santé des ménages français (D. GOBIN)

La médecine lente, nouvelle pratique thérapeutique et/ou nouvelle idéologie médicale. Recherche des bases socio-économiques, professionnelles et idéologiques de ce mouvement (M. Arliaud, S. Darbon).

Le rôle de la famille comme agent de mobilité ou de reproduction :

Interactions entre vie familiale et vie professionnelle

Recherche sur les familles travaillant dans le secteur tertiaire

Comparaison France-Suède (A. Pitrou).

Analyse comparative internationale de facteurs de conflits et de négociations (M. Maurice, F. Sellier, F. Eyraud).

La négociation et la construction des systèmes de classification des salariés dans les entreprises en France et en Angleterre (F. Eyraud).

Plein emploi, croissance, qualité du travail (G. Roustang).

Analyse des conditions du travail ouvrier dans l'entreprise :

Méthode et supports audiovisuels

Application dans l'entreprise (G. Roustang, F. Guelaud, J. Gautrat).

L'amélioration des conditions de travail est-elle un facteur de changement des relations industrielles ? (J. Gautrat).

Conditions de travail, organisation et marché du travail (R. Tchobanian).

Nouvelle forme de la relation ville-campagne en Provence : tourisme, notables petites villes, pays, associations de nature... (M. Marie).

Étude de terrains et de groupes sociaux sur cinq ans : petits entrepreneurs, quartiers urbains, zones rurales (contrat ATP Observation du changement social) (A. Degenne, J. Duplex, B. Picon).

• PÉRIODIQUES ET COLLECTIONS

RESHUS-Revue bibliographique :

Publiée par le réseau d'information en sciences humaines de la santé (trimestriel) en collaboration avec le LP 812.

**LP : 00 0811 - CENTRE D'ÉTUDES SOCIOLOGIQUES**

82, rue Cardinet - 75017 Paris - Tél.: 267.07.60

Directeur : M. SAINSAULIEU Renaud, Professeur

Directeur adjoint : M. PORTE Henri, Ingénieur de recherche

Mise à jour : 1980

---

• SERVICES ET UNITÉS DE RECHERCHES ASSOCIÉES

Politiques sociales appliquées (J.-M. Dutrenit), U. Paris VII.

Mobilité professionnelle (J. Frisch), CNRS.

Changements dans les professions artisanales : le cas de la batellerie (D. Gerritsen).

Division sexuelle du travail (D. Kergoat), CNRS.

**LA : 04 0245 - CENTRE DE RECHERCHES SOCIOLOGIQUES DE TOULOUSE**

Université de Toulouse II, 109 bis rue Vauquelin - 31081 Toulouse Cedex

Tél.: (61) 41.11.05

Directeur : M. LEDRUT Raymond, Professeur

Mise à jour : 1980

---

• THÈMES DE RECHERCHE

Sociologie rurale (G. Calvet) :

Évaluation de la charge de travail en agriculture. Diagnostic sur les conditions de travail en production ovin-lait dans la région de Roquefort.

Analyse du travail agricole comme indice de différenciation dans la paysannerie.

Techniques et cultures dans la société moderne (Y. Lucas) :

L'automatisation comme fait de société

Contenu et conditions du travail industriel

Recherches en sociologie politique et en sociologie de la culture

Utopie et activités ludiques : analyse des images et des pratiques des « loisirs » actuels, à travers les discours de représentants de la création artistique.

Sociologie de la culture (R. Ledrut).

Travail féminin : Cette équipe est rattachée au GRECO 6.

**GR : 05 0016 - GROUPE DE RECHERCHES SOCIOLOGIQUES DE NANTERRE (GRS)**

Université de Paris X - Bâtiment G - 2 rue de Rouen - 92001 Nanterre Cedex

Tél.: 725.92.34

Responsable : M. MENDRAS Henri, Directeur de recherche

Mise à jour : 1978

• THÈME DE RECHERCHE

Sociologie économique : la sociologie du travail dans la sociologie générale (P. Rolle).

**GR : 05 0047 - GROUPE DE SOCIOLOGIE DU TRAVAIL (GST)**

Université de Paris VII - Tour Centrale - 2 place Jussieu - 75221 Paris Cedex 05

Tél.: 329.12.21

Responsable : M. DURAND Claude, Maître de recherche

Mise à jour : 1980

• THÈMES DE RECHERCHE

Conflits sociaux

Syndicalisme, action ouvrière :

Les ouvriers devant la crise de la sidérurgie (C. Durand, G. Le Maître).

Recherches théoriques sur les relations collectives de travail : les syndicats dans la vie économique (S. Erbes Seguin).

Comportement collectif des travailleurs face à la crise économique : recherche comparative RFA-France (S. Erbes Seguin).

Recherche comparative États-Unie/France (O. Kourchid).

Division et organisation du travail

Division du travail et encadrement : patronat et politiques d'entreprise :

La structuration des fonctions dans les entreprises industrielles (P. Rivard, J.-M. Saussois).

Les couches moyennes techniciennes et les classes sociales (G. Benguigui, A. Griset, D. Monjardet).

La division du travail dans l'industrie : étude de cas français et québécois (D. Monjardet) ; étude de cas français et hongrois (P. Dubois, C. Mako).

Division du travail au sein de la recherche industrielle (G. Benguigui).

La participation aux bénéficiaires : le comportement des cadres (C. Casassus).

Le travail ouvrier :

Polyvalence et politique de gestion de la force de travail (M. Dadoy).

Les politiques de main d'œuvre dans les industries de série (D. Chave).

Recherches sur la formation et la qualification professionnelles

Formation et emploi :

Accession des diplômés des grandes écoles aux postes de responsabilité (P. Rivard, J.-M. Saussois, P. Tripier).

Évaluation des moyens de formation par l'employeur et politique de formation (M. Dadoy, N. De Maupeou-Abboud).

• PÉRIODIQUES ET COLLECTIONS

Sociologie du travail

**ERA : 07 0342 - CENTRE DE SOCIOLOGIE DE L'INNOVATION (CSI)**

École Nationale Supérieure des Mines de Paris  
62, bd. Saint-Michel - 75006 Paris - Tél.: 329.21.05

Responsable : M. KARPIK Léon, Professeur

Mise à jour : 1978

---

• THÈMES DE RECHERCHE

L'entreprise industrielle

Le travail des cadres, les formes d'organisation et les politiques de l'entreprise

Le mode de production des situations professionnelles au sein de l'entreprise

La capacité des groupes de modifier la politique d'une entreprise

La formation des cadres et ingénieurs

**ERA : 07 0343 - LABORATOIRE DE SOCIOLOGIE DU TRAVAIL  
ET DES RELATIONS PROFESSIONNELLES (LSTRP)**

Conservatoire national des arts et métiers - 2, rue de Conté - 75003 Paris  
Tél.: 271.24.14

Responsable : M. REYNAUD Jean-Daniel, Professeur

Mise à jour : 1978

---

• THÈMES DE RECHERCHE

Conflits et négociations (S. Dassa et G. ADAM)

Les conflits du travail de longue durée (S. Dassa)

Analyse de la politique contractuelle dans le secteur public et dans les entreprises nationalisées (F. Piotet)

Les communautés pertinentes de l'action collective (D. Segrestin, N. Mercier)

Stratégie syndicale face à l'organisation du travail (A. Borzeix)

Le système d'autorité, d'encadrement et d'organisation des postes de travail dans les entreprises industrielles des pays de l'Est européen (T. Lowit)

Les licenciements individuels : analyse, statistique (C. Lynn).

**ERA : 07 0502 - LABORATOIRE D'ÉTUDES ET DE RECHERCHES  
SOCIOLOGIQUES SUR LA CLASSE OUVRIÈRE (LERSCO)**

Université de Nantes - Chemin de la Sensive du Tertre - 44036 Nantes Cedex  
Tél.: (40) 74.74.01

Responsable : M. VERRET Michel, Maître de conférence

Mise à jour : 1978

---

• THÈMES DE RECHERCHE

La classe ouvrière dans le système productif français (M. Verret, J. Creusen, P. Nugues)

La distribution sectorielle de la population

La coopération

La qualification de la force de travail

La rémunération

L'organisation et la lutte syndicale

La distribution spatiale des lieux de travail et des lieux de résidence.

Les comportements grévistes des établissements industriels de la Basse-Loire (1962-1973) : traitement informatique et exploitation théorique de l'enquête statistique (J. Reault)

Échantillon raison de biographies ouvrières dans la Basse-Loire (J. Peneff)

Études des différences spécifiques du militantisme syndical selon l'organisation et la tradition de référence

Étude des différences de cheminement biographique entre deux classes d'âges extrêmes de la vie active, au sein d'une même organisation et dans une tradition homogène.

**ERA : 07 0504 - RECHERCHES SUR L'ÉVOLUTION DU TRAVAIL  
AGRAIRE DANS LES PAYS INDUSTRIELS (EHESS)**

Centre de sociologie rurale - 10 rue Monsieur-le-Prince - 75006 Paris Tél. : 633.16.54

Responsable : M. RAMBAUD Placide, Sous-directeur d'études Mise à jour : 1978

---

• THÈMES DE RECHERCHE

La qualification professionnelle des agriculteurs et ses effets sur les égalités sociales. Comparaison avec Israël, la Pologne et l'URSS (P. Rambaud, M. Aymard, A. Carof).

Les idéologies religieuses relatives au travail agricole (M. Vincienne).

**ERA : 07 0631 - GROUPE DE RECHERCHES SUR LE PROCÈS  
DE SOCIALISATION**

Centre de sociologie de l'éducation (GPRS)

Université de Lyon II - Avenue de l'Université - 69500 Bron - Tél. : (7) 826.92.32

Responsable : M. VINCENT Guy, Chargé d'enseignement Mise à jour : 1980

---

• THÈMES DE RECHERCHE

L'empire pédagogique (P. Fritsch)

Analyse de l'évolution historique du domaine socio-culturel : sens des activités péri et post-scolaires proposées.

La formation professionnelle initiale en coiffure (G. Latreille, M. Buisson).

**ERA : 07 0633 - GROUPE LYONNAIS DE SOCIOLOGIE INDUSTRIELLE (GLYSI)**

Économie et humanisme - 99 quai Clémenceau - 69300 Caluire - Tél. : (7) 823.21.78

Responsable : M. BOUCHUT Yves, Professeur Mise à jour : 1980

---

• THÈMES DE RECHERCHE

Les structurations des marchés du travail

L'emploi dans les activités tertiaires. Approche statistique appliquée à la région urbaine de Lyon (M. Auvolat, J. Bonamy).

Méthodologie statistique : analyse critique des concepts fondamentaux de la statistique d'emploi (notions de branche d'activité, d'établissement, d'emploi) dans le secteur tertiaire.

Première analyse économique locale sur les branches : santé, action sociale, services aux entreprises.

Approche des systèmes locaux d'emploi :

Les pré-retraites (Mme Guillemard, D. Motte)

Le rôle d'informateur concernant les problèmes de l'emploi, joué par une Direction Départementale du travail (D. Motte).

Transformation des systèmes de relations professionnelles :

Le recours ouvrier : les instances internes et externes à l'entreprise utilisées par les salariés en vue de l'application et de la défense de leurs droits individuels (J. Bunel).

Sociologie des représentations, de la science et de l'innovation sociale :

L'impact des mouvements sociaux sur la détermination des politiques de recherche : application au cas du nucléaire énergétique (J. Bonamy, J. Saglio).

• PÉRIODIQUES ET COLLECTIONS

Économie et humanisme

**ERA : 07 0774 - CENTRE DE SOCIOLOGIE URBAINE**

118 rue de la Tombe Issoire - 75014 Paris - Tél.: 322.80.50

Responsable : M. MORLAT Georges, Professeur

Mise à jour : 1978

---

• THÈMES DE RECHERCHE

Conditions de vie. Conditions de travail (F. Imbert, D. Combes, J.-N. Chopart)  
Travail féminin

Définition des moyens d'investigation réellement adéquats à la saisie des pratiques quotidiennes et des canaux par lesquels les déterminants sociaux modèles et orientent ces pratiques.

Division du travail et évolution des rapports sociaux (M. Freyssenet, M. Diani) :

Évolution du transport quotidien des différentes catégories de main-d'œuvre dans des grandes unités de production et étude des conflits qui ont éclaté à cette occasion.

Comparaison de l'évolution de l'organisation des mouvements ouvriers en Italie et en France.

**ERA : 07 0812 - CENTRE DE RECHERCHES EN SCIENCES SOCIALES  
DU TRAVAIL**

Université de Paris XI - Centre juridique de Sceaux - 54 bd. Desgranges  
92330 Sceaux - Tél.: 660.82.20

Responsable : M. CAIRE Guy, Professeur

Mise à jour : 1979

---

• THÈMES DE RECHERCHE

Les relations professionnelles :

La fonction personnel au sein de l'entreprise (M. HENRIET).



Analyse statistique des conflits du travail : analyses structurelle et sectorielle (Mme Durand, Mlle Autrand).

Rôle de l'administration du travail dans le règlement des conflits collectifs (M. Bachy).

La distribution du pouvoir dans l'entreprise (M. Martin, Mlle Goetschy)

Démocratie industrielle en Europe (M. Martin, Mlle Goetschy).

Les conditions de travail :

Dimensions économiques des expériences de réorganisation du travail (M. Coriat)

Différenciation économique de la force de travail ouvrière et l'action pour la revalorisation du travail manuel (M. Coriat)

La technologie et la segmentation de la force de travail (M. Coriat)

Les attitudes des travailleurs salariés à l'égard des produits de leur entreprise (Mme Harff).

### **RCP : 08 0552 - STRUCTURES INDUSTRIELLES ET VIE LOCALE**

Groupe de sociologie du travail

Université de Paris VII - 2 place Jussieu - 75005 Paris - Tél.: 329.12.21

Responsable : M. DURAND Claude, Maître de recherche

Mise à jour : 1979

---

#### • THÈMES DE RECHERCHE

Recherche bibliographique sur :

Technologie et segmentation de la force de travail

Division du travail et stratification sociale

Filières d'emploi et mobilité sociale.

### **GIS : 12 0024 - GROUPE INTERDISCIPLINAIRE DE RECHERCHES SUR L'INDUSTRIALISATION**

Université de Nantes - Château du Tertre - Chemin de la Sensive du Tertre

44036 Nantes - Tél.: (40) 74.74.01

Responsable : M. FIERAIN Jacques, Professeur

Mise à jour : 1980

---

#### • THÈMES DE RECHERCHE

Étude des processus d'industrialisation :

Formation et évolution du capital industriel : capital de traite et capital commercial, capital commercial et capital industriel, capital industriel et capital financier, mouvements de délocalisation du capital.

Transformation des sociétés paysannes traditionnelles : propriété foncière et capital, dissociation de la paysannerie, évolution foncière, industrialisation en milieu rural (le Choletais), industrialisation en pays dit sous-développé (Afrique francophone).

Formation et développement des classes ouvrières à l'échelle régionale (Basse Loire), nationale (L'ouvrier français : espace, travail, culture), internationale (CEE, Afrique Francophone).

Formation et développent des cultures et des idéologies industrielles : culture ouvrière et culture populaire, culture populaire et culture scolaire, idéologies syndicales, politiques, religieuses dans la classe ouvrière.

Ce groupement rassemble les équipes suivantes :

Laboratoire d'études et de recherches sociologiques sur la classe ouvrière (Responsable : M. Verret) ERA 502.

Centre de recherches sur l'histoire de la France atlantique (Responsable : J. Fierain), Université de Nantes, Ensemble L. Chemin de la Sensive du Tertre, 44036 Nantes Cedex, tél.: (40) 74.74.01

Centre de recherches pour l'aménagement régional (Responsable : J. Renard) Université de Nantes, Ensemble L. Chemin de la Sensive du Tertre. 44036 Nantes Cedex, Tél.: (40) 74.74.01

• PÉRIODIQUES ET COLLECTIONS

Cahiers de GIRI

C - Physiologie - Psychophysiologie et Psychologie

**LP : 00 0641 - LABORATOIRE DE PHYSIOLOGIE DU TRAVAIL**

CNRS - 91 Boulevard de l'Hôpital - 75634 Paris Cedex 13 - Tél.: 331.85.29

Directeur adjoint : M. Berthoz Alain, Maître de recherche                      Mise à jour : 1980

---

**ERA : 07 0236 - CENTRE D'ÉTUDES PSYCHOLOGIQUES DE L'HOMME  
DANS SON ENVIRONNEMENT TECHNIQUE**

Laboratoire de psychologie du travail - 41 rue Gay-Lussac - 75005 Paris

Tél.: 329.12.23

Responsable : M. LEPLAT Jacques, Directeur de laboratoire                      Mise à jour : 1979

---

• THÈMES DE RECHERCHE

Les interactions fonctionnelles dans le travail en équipe :

La coordination

L'influence de différentes situations de transmission sur le choix des procédés sémiotiques dans la communication.

L'organisation des activités par les emprises sociales :

La régulation d'une activité à double référence institutionnelle : les situations de formation.

Les emprises réciproques de la vie de travail et de la vie hors travail.

Problèmes méthodologiques posés par l'application :

Les études sur la sécurité

Les travaux de contrôle de qualité.

• PÉRIODIQUES ET COLLECTIONS

Psychologie du travail (semestriel).

D - Histoire et Géographie

**ERA : 07 0820 - CROISSANCE ET DÉVELOPPEMENT DANS LE NORD  
DE LA FRANCE**

Université de Lille III - Rue de Lille - 59650 Villeneuve d'Ascq - Tél.: (20) 91.13.00

Responsable : M. DEYON Pierre, Professeur                      Mise à jour : 1979

• THÈMES DE RECHERCHE

Les préconditions de la révolution industrielle, la diffusion des industries rurales et la proto-industrialisation :

Les corrélations entre l'importance du travail textile dans les campagnes, et la densité de population, la répartition de l'exploitation et de la propriété agricoles, l'éloignement des centres commerciaux.

Les conséquences démographiques et culturelles du travail industriel dans les villages ; étude en particulier de la mutation survenue au début du XIX<sup>e</sup> siècle dans d'anciennes communautés.

Les caractères du développement industriel, ses conséquences sur l'inégalité sociale et les comportements démographiques.

La révolution industrielle du XIX<sup>e</sup> siècle et au début du XX<sup>e</sup> siècle :

Les industries métallurgique, textile, les industries non dominantes dans les bassins houillers, les régions métallurgiques et les régions d'industrie textile ; les petites entreprises dans le Nord-Pas-de-Calais.

Produit industriel régional : investissements et croissance économique régionale ; banque et industrie ; agriculture et industrie dans le Nord-Pas-de-Calais.

Études comparatives entre la région du Nord et les régions industrielles de l'Europe du nord-ouest.

Rôle de la frontière franco-belge.

Comparaison des structures économiques à la veille de la guerre de 1914-1918 et des structures remises en place après-guerre.

La cartellisation dans les industries houillère, textile et métallurgique.

Banques régionales et banques nationales.

Analyse des inégalités sociales et typologie des conflits sociaux dans le Nord-Pas-de-Calais.

Spécificité des structures et des comportements démographiques, en particulier dans le monde ouvrier, mineurs plus spécialement.

**ERA : 07 0244 - CENTRE D'ÉTUDES ET DE RECHERCHES  
DE SCIENCE ADMINISTRATIVE (CERSA)**

Université de Paris II - 12 place du Panthéon - 75005 Paris - Tél.: 329.21.40

Responsable : M. DRAGO Roland, Professeur

Mise à jour : 1979

• THÈMES DE RECHERCHE

L'histoire du syndicalisme des fonctionnaires (J. Siwek-Pouydesseau)

Les entreprises publiques du point de vue de la science administrative (R. Drago).

• PÉRIODIQUES ET COLLECTIONS

Bibliographie internationale de science administrative (trimestriel) avec la collaboration du LP 812.

**GIS : 12 0014 - DÉCENTRALISATION INDUSTRIELLE ET TERTIAIRE  
EN FRANCE ET DANS LES PAYS DÉVELOPPÉS (1)**

Université de Paris IV - 119 rue Saint Jacques - 75005 Paris - Tél.: 329.01.47

Responsables : M. BASTIE Jean, Professeur. M. DEZERT Bernard, Professeur.

M. GRAVIER Jean-François, Professeur

Mise à jour : 1980

(1) Ce GIS associe Paris IV, Paris X, le CNAM, la DATAR et l'Association Bureaux-Province.

• THÈMES DE RECHERCHE

Mise à jour des deux fichiers des opérations de décentralisation industrielle et de décentralisation tertiaire jusqu'en 1980 et leur exploitation (J. Bastie).

Étude de l'évolution de l'emploi dans les établissements industriels ou tertiaires concernés par une décentralisation (étude par région, par taille de ville, ancienneté de l'opération, type d'activité) (J. Bastie).

Étude de l'évolution de l'emploi dans les directions et services régionaux publics et parapublics depuis 1968 (par type d'administration, niveau d'emploi, sexe, pour localisation dans une métropole régionale, une ville moyenne...) (B. Dezert, J. Dumas, G. Wackermann).

E - Anthropologie

**LP : 00 0681 - LABORATOIRE D'ANTHROPOLOGIE SOCIALE**

Collège de France - 11 place Marcelin Berthelot - 75231 Paris Cedex 05 - Tél.: 329.12.11

Directeur : M. LEVI-STRAUSS Claude, Professeur

Mise à jour : 1980

---

• THÈMES DE RECHERCHE

Représentation du travail : représentations dans diverses sociétés des activités appelées travail dans la nôtre :

Travail agricole et espace en France (M. C. Pingaud).

Corrélation pouvoir-savoir (tatuyo en Colombie : P. Bidou).

F - Philosophie

**RCP : 08 0564 - RECHERCHES SUR L'HISTOIRE DU MATÉRIALISME  
AUX XVIII<sup>e</sup> ET XIX<sup>e</sup> SIÈCLES**

Université de Paris I - UER de Philosophie - 17 rue de la Sorbonne - 75005 Paris

Tél.: 329.12.13

Responsable : M. BLOCH Olivier, Professeur

Mise à jour : 1919

---

• THÈMES DE RECHERCHE

La pensée et les attitudes matérialistes dans les domaines de la philosophie et des sciences, de la littérature et de l'art, en particulier :

Le travail et le matérialisme.

MINISTÈRE DES UNIVERSITÉS

**CENTRE NATIONAL DE LA RECHERCHE SCIENTIFIQUE**

15, Quai Anatole-France - 75700 PARIS - Tél. : 555.92.25 - Telex : 260.034

**ACTIONS THÉMATIQUES PROGRAMMÉES  
APPEL D'OFFRE**

MARS 1981

**Sciences sociales**

**Programme « Science, technologie, société » (STS)**

2<sup>e</sup> année - Appel d'offre 1981 - Science, technologie, société.

**Objectifs du programmes (1980-1985) :**

Le but est d'étudier dans le cadre des objectifs prioritaires de la France et comparativement à d'autres pays, les rapports entre science, technologie et société d'un point de vue à la fois historique et prospectif. Quatre conséquences écoulent de ce choix :

- réfléchir aux relations entre science, technologie et société, dans les deux sens. C'est-à-dire ne pas seulement étudier, par exemple les impacts du développement scientifique et technique sur la société, mais également les conditions sociales, économiques, culturelles, historiques à ce même développement ;
- ne pas se limiter à l'approche prospective et technologique, mais inclure la dimension historique ;
- privilégier une analyse comparative prenant en compte l'expérience d'autres pays que la France, ceci afin de mettre en perspective certains phénomènes et dégager au contraire, l'originalité de certains autres ;
- choisir quelques thèmes et approches, afin de faciliter des recherches sur des problèmes précis, en liaison la plus étroite possible avec les acteurs sociaux.

Le programme couvre quatre années, avec un appel d'offre annuel et s'adresse à des équipes de recherche françaises, ayant établi des relations de travail avec les équipes étrangères.

C'est le comité scientifique qui décide du financement des projets en réponse à l'appel d'offre annuel. Des cofinancements sont possibles avec d'autres institutions, ou avec des pays étrangers. Certaines activités de recherche individuelles peuvent être soutenues.

Le secrétariat scientifique assure, en liaison avec le comité scientifique, l'orientation et l'organisation du programme. En suivant le travail des équipes et en suggérant des rapprochements et des rencontres, il constitue un lieu d'incitation et de coordination.

### **Domaines de recherche et approches**

Les domaines d'intervention privilégiés dans le programme sont :

- informatique, télématique, audiovisuel ;
- les applications des sciences de la vie ;
- mécanique et science des matériaux ;
- formes de distribution et consommation d'énergie, notamment électrique.

Les trois approches privilégiées sont :

- le fonctionnement et l'adaptation du système institutionnel ;
- le changement social et culturel ;
- l'influence des logiques externes sur le développement scientifique et technique.

Priorité sera donnée aux projets qui croisent un des domaines d'intervention avec une des approches proposées. Ce qui n'exclut pas la prise en compte de projets portant sur d'autres domaines, à condition que la problématique reflète les objectifs du programme science, technologie et société.

### **Calendrier :**

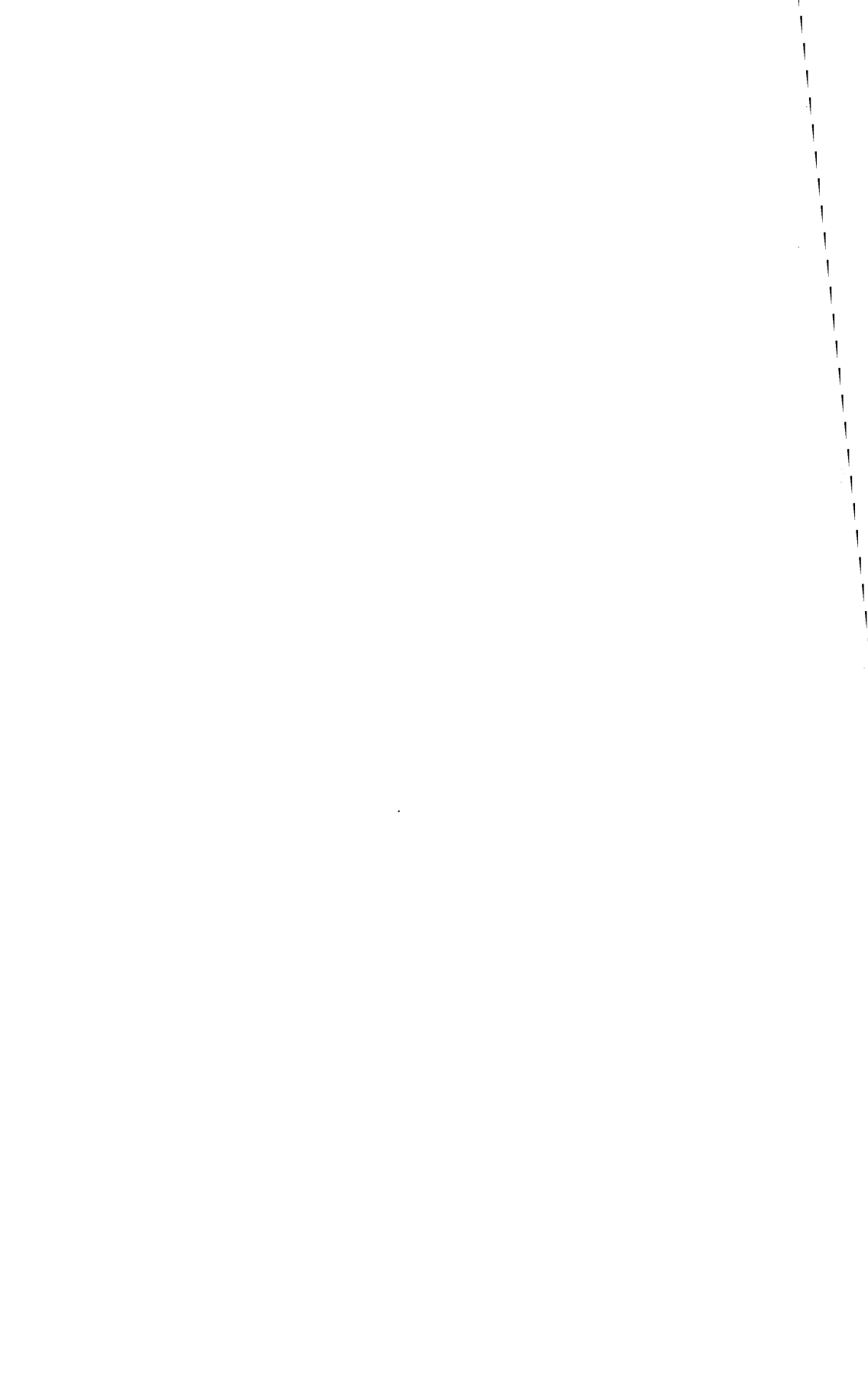
- 30 avril : clôture de réception des demandes.
- 19 mai : examen et choix, par le comité et le secrétariat, des « déclarations d'intention ».
- 5 juin : clôture de réception des projets développés sur la base des déclarations d'intentions retenues.
- 1<sup>er</sup> juillet : décisions par le comité scientifique.

Pour tous renseignements complémentaires, s'adresser à : Dominique Wolton, Michael Pollak, Muriel Looseelt, Anne Luciani - Programme STS-CNRS - 17, boulevard St-Michel, 75005 Paris - Tél.: 329.98.70.



**TENDANCES DU DROIT  
CONTEMPORAIN**





# I - QUATRE RAISONS DE CROIRE EN LA CODIFICATION PROGRESSIVE DU DROIT ADMINISTRATIF

par Didier LINOTTE

---

## Summary.

Administrative Law consisted mainly of judicial precedents. We can notice the development of statutes. Can we wait for a codification ?

---

Un certain nombre d'études de la doctrine contemporaine, dont celle du Doyen Vedel (1), montrent que le droit administratif d'aujourd'hui change d'âge et qu'il passe progressivement d'un état jurisprudentiel à un état textuel.

On ne reviendra pas ici à nouveau sur les controverses classiques relatives aux mérites respectifs de la jurisprudence et des codes. Les codifications auxquelles on pense ne visent d'ailleurs pas la totalité du droit administratif général dans son ensemble mais sont des codifications partielles. Ce qu'il faut mettre en lumière, c'est que cette codification est déjà en germe, en marche et qu'elle est possible. Il faut donc en prendre conscience et l'organiser.

1 - D'abord, il existe les « *codifications* » rassemblant les textes législatifs et réglementaires particuliers à un secteur donné : Code de l'Urbanisme, Code du Domaine de l'État, Code des Transports, etc... On sait bien qu'il ne s'agit pas de véritables codifications mais de simples compilations ou juxtapositions de textes divers, touffus, à la rédaction hasardeuse mêlant principes et détails. Mais, justement, qu'est-ce qui interdit, à partir de tels édifices, même sans changer les règles de fond, de se livrer déjà à une nouvelle rédaction, à un « re-writing » de ces recueils de textes pour les rendre tout simplement plus clairs, mieux faits, allégés, mieux intelligibles et partant mieux applicables. Est-ce que les éditeurs qui entreprennent et qui réalisent des éditions annotées ou commentées ou des encyclopédies ne préparent pas un tel travail ? Il n'y a pas là matière à révolution mais plus simplement à amélioration aisément réalisable.

2 - Le *législateur* lui-même a adopté récemment en droit administratif *une démarche codificatrice*. Ses textes, depuis 1978, relatifs à l'informatique

---

(1) VEDEL, Le Droit Administratif peut-il être indéfiniment jurisprudentiel ? Étude du Conseil d'État (79-80).

et aux libertés, à l'accès des administrés aux documents, à la motivation obligatoire de certaines décisions administratives, à la meilleure exécution des décisions de justice sont autant d'éléments pré-établis d'un code de procédure administrative non contentieuse ou d'un code des rapports Administration-Administrés (2).

3 - De ces réformes législatives sont souvent nées, nouveauté remarquable dans nos institutions, *des grandes commissions à l'américaine*, investies de compétences diverses non seulement consultatives, mais qui les associent à la fabrication des textes et même à leur réfaction, à leur amélioration progressive. Il en va ainsi de la commission de la concurrence, de la commission informatique et liberté, de la commission des clauses abusives dans les contrats, de la commission d'accès aux documents administratifs. Le travail accompli, par exemple, par cette dernière commission affinant progressivement la définition du sujet de droit visé par la loi du 17 juillet 1978 (citoyens, puis administrés, puis personnes ou intéressés) est tout à fait typique d'une démarche codificatrice que semble appelées à emprunter de telles institutions.

4 - *L'outil informatique*, en soi, utilisé par les juristes, suppose un travail préparatoire de logique, de cohérence des définitions, de choix et de détermination des mots-clés qui est fort voisin de la méthode du codificateur. Ce travail s'accomplit peu à peu. Il y a là, indiscutablement, une évolution qui facilite et favorise la codification. Elle en est d'autant facilitée que le premier recensement de l'acquis épars des textes spéciaux et de la jurisprudence, phase nécessaire lors de toute codification, est opéré systématiquement à l'occasion de la constitution des banques de données. Il y a là une retombée supplémentaire de l'utilisation de l'informatique juridique. Ce n'est qu'une des raisons bien sûr, mais ce n'est peut-être pas la moins efficace, qui incline à croire en la codification progressive des grands chapitres du droit administratif français.

---

## II - LE STATUT DU CORPS HUMAIN

(A propos des prélèvements d'organes)

par Christian ATIAS

---

### Summary.

Gifts of human organs. The French new law (1976). Legal protection : what is protected and how ?

---

1 - *La personne humaine*. L'humain, c'est autre chose, un autre étalon, une valeur d'un autre ordre. Dès que l'homme lui-même est en cause, tout devient clair ; la voie du bon droit est toute tracée. La personne, le corps

---

(2) Voir sur ces points nos différentes chroniques à la revue de droit public et à la semaine juridique.

humain n'occupent-ils pas, dans l'univers sensible, une place tout à fait à part ? En tant que tel, l'humain ne peut que bénéficier d'un statut particulier, d'un statut d'exception. Si habituelle que soit devenue l'intervention législative dans tous les domaines, la vigilance nous revient lorsque les réformes touchent au corps humain, à son intégrité, à nos organes vitaux. Et ceci d'autant plus que sur une tel sujet, aucune loi ne peut être considérée isolément ; chaque une indicative d'une tendance qui la dépasse. La loi n° 76-1181 du 22 décembre 1976 (1) et son décret d'application, n° 78-501 du 31 mars 1978 (2) relatifs aux prélèvements d'organes n'échappent pas à la règle.

Le législateur français a une politique de l'emploi, une politique du logement, une politique des loisirs ; comment pourrait-il ne pas avoir une politique de l'humain, du corps humain ?

Sur un tel sujet, quelque chose en nous attendrait des lois plus solennelles que pour réglementer la propriété ou les contrats, des lois organiques en quelque sorte. Quelque chose en nous, attend une particulière prudence, une protection sans faille, ni quant à son objet, ni quant à ses moyens. L'humain, c'est autre chose !

La personne humaine (3) est-elle au premier rang des préoccupations du législateur français ? Il y a encore quelques années, personne n'aurait pu en douter. « Entre l'homme vivant et les "choses", l'expérience juridique avait installé une différence fondamentale. Il n'existait pas de distance comparable à celle qui séparait un homme d'un objet inanimé » (4). « Tout être humain a droit au respect de sa personne » rappelait notamment le Pape Jean XXIII, dans l'encyclique « Pacem in terris », et le droit français semblait l'avoir compris ; ne prohibait-il pas, par exemple, toutes les amputations, mutilations ou stérilisations non thérapeutiques (5) ?

Aujourd'hui le doute est peut-être permis : le droit français est-il aussi sûr de ses convictions ? Se pourrait-il que le législateur français n'eût plus de politique unitaire de protection physique des personnes ? Il est évidemment inconcevable que, dans notre civilisation, l'humain ne bénéficie pas d'un traitement à part, d'un régime de faveur véritablement conforme à sa nature profonde.

Et pourtant, l'inquiétude naît devant le silence, le refus de prendre parti ou l'évolution des solutions sur certaines questions cruciales. Il faut le dire tout net : la loi du 22 décembre 1976 sur les prélèvements d'organes marque un sursaut salutaire en faveur de l'humain, de la protection du corps humain ; mais, au nom de la cohérence du système juridique, il faut y voir plus qu'un sursaut ; il faut y voir un engagement du législateur de placer l'humain au-dessus de toutes les autres valeurs.

(1) J.C.P. 1977, III, 45160. - V. infra annexe I.

(2) J.C.P. 1978, III, 47194. - V. infra annexe II.

(3) A. DAVID, *Structure de la personne humaine*, Limite actuelle entre la personne et la chose, 1955.

(4) A. DAVID, op. cit., p. 3 ; c'est nous qui utilisons le passé.

(5) R. VOUIN, *Droit pénal spécial*, tome 1, 3<sup>e</sup> éd. 1971, Dalloz, n° 156, p. 169 et n° 157, p. 169. - M. VERON, *Droit pénal spécial*, Masson 1976, p. 115. - J. SAVATIER, Cahiers Laënnec, juin 1964, p. 54. - J. PRADEL, *Droit pénal*, t. 1, Cujas, 1977, n° 476, p. 482.

2 - *Les origines de la loi.* Pourtant, cette loi aurait pu être l'occasion de nouvelles menaces sur la personne humaine. Elle est, d'abord, destinée à s'appliquer dans des circonstances douloureuses, pénibles, où l'intérêt du malade en attente d'une greffe aurait bien pu l'emporter sur celui du porteur de l'organe à greffer : la démagogie était bien tentante. Ensuite, il était à craindre que toutes les audaces fussent justifiées par l'évolution nécessaire de la science médicale et par le souci de favoriser les recherches. La loi sur les prélèvements a répondu à une demande très précise et très pressante : dans les années 1970-1975, 350 transplantations rénales étaient pratiquées annuellement en France, alors que le traitement des malades en aurait demandé un millier (6).

Le législateur a su résister à toutes les tentations. Comme il se devait la loi de 1976 est une loi de protection, de protection de l'essentiel, c'est-à-dire de la personne humaine, et une loi qui s'est donné les moyens de réaliser un tel objectif. Ses auteurs ont su choisir ce qu'ils entendaient protéger et déterminer comment il fallait le protéger. A lire la loi, il n'y a aucune hésitation à avoir ni quant à l'objet de la protection, ni quant aux moyens de cette protection.

#### A - L'OBJET DE LA PROTECTION

3 - *Absence de toute déclaration de principe.* La loi sur les prélèvements d'organes est strictement normative : elle indique, sans fausse pudeur, sans hypocrisie, ni remords tardif, le comportement à tenir. Elle ne commence par aucune déclaration de principe, formule creuse destinée à masquer l'essentiel. Ses objectifs sont apparents : c'est le progrès de la médecine d'aujourd'hui et de demain qu'il s'agit de favoriser, sans pour autant sacrifier les intérêts de ceux qui ne peuvent être ni des fournisseurs de matières premières, ni des cobayes. C'est le « respect de tout être humain » qui est garanti. Ce principe général doit être conservé à l'esprit : chacune des dispositions légales sous-entend que la sauvegarde de la vie et de la personne humaine est le souci du législateur.

La loi de 1976 ne s'est pas trompée d'objectif. Ce n'est pas la liberté individuelle qu'elle protège, c'est l'humain, le corps humain ; la volonté des individus n'est envisagée que pour la défense de leur personne.

a - Comme il se doit, le législateur a refusé de trancher, de distinguer : tout ce qui est humain mérite sa sollicitude. Partout où il y a une personne humaine, il y a lieu à protection.

4 - *Une protection générale.* « La loi garantit le respect de tout être humain dès le commencement de la vie ». La personne humaine mérite d'être défendue sous tous ses aspects, sans distinction aucune. Quel législateur démoniaque songerait à tarifier l'humain ? Qui oserait décider qu'ici il y a un être humain méritant protection et qu'à côté, tout près, cet autre être humain doit être abandonné à son triste sort ?

(6) A. WEILL et F. TERRE, Droit civil, Les personnes, Dalloz, 4<sup>e</sup> éd., 1978, n° 28, note 3, p. 26 ; adde p. 38.

La protection de la personne dont un organe va être prélevé est systématiquement assurée. Certes, les régimes juridiques peuvent varier. Le sang, la cornée ont conservé des règles propres. Le décret sépare aussi les prélèvements portant sur des organes non régénérables, de ceux qui affectent des organes régénérables. Que signifie une telle distinction ? C'est la vie humaine qui en fournit la clé. Plus elle est menacée, plus la prudence s'impose. C'est assez dire qu'il ne suffit pas, au malade en attente d'une greffe, d'invoquer des sentiments humanitaires et son désarroi pour écarter les objections du « donneur ».

Plus fondamentale encore est la division majeure opérée par la loi entre les prélèvements, selon qu'ils sont effectués sur une personne vivante ou sur un cadavre. C'est derniers sont, et de loin, les plus nombreux ; surtout, la dépouille mortelle, ce n'est plus une personne humaine. La protection légale peut, donc, s'atténuer et changer d'objet : elle s'intéressera seulement à la volonté du défunt.

5 - *La constatation de la mort.* Encore fallait-il, pour protéger la vie humaine, définir la mort !

Le décret s'y est employé. Son article 21 exige le constat de deux médecins, « fondé sur des preuves concordantes cliniques et paracliniques permettant aux praticiens de conclure à la mort du sujet » au moyen de procédés reconnus valables par le Ministre de la Santé, après consultation de l'académie de médecine et du conseil de l'Ordre des Médecins. Il faut remarquer que cette définition laisse place à l'évolution des techniques médicales, ce qui était éminemment souhaitable ? Il faut surtout remarquer - précaution supplémentaire contre la science et ses attraits - que ni le médecin devant effectuer la greffe ni le médecin devant opérer le prélèvement ne peuvent participer à l'établissement du constat de décès (art. 20, D. 31 mars 1978).

Plus fondamentalement encore, il est certain que le prélèvement sur une personne vivante ne pourrait porter sur un organe sans lequel la vie n'est pas possible. Cette restriction résulte de l'ensemble des prescriptions légales, comme de l'inspiration d'une loi qui a su placer la vie au-dessus, bien au-dessus de la volonté individuelle.

b - Nul ne peut disposer librement de son corps. Telle est la leçon qu'il faut tirer de la loi du 22 décembre 1976 !

6 - *La négation de l'autonomie de la volonté.* Il est, à cet égard, notable que le législateur n'ait pas parlé expressément de « don d'organe », ce qui aurait paru établir un lien de droit, d'origine volontaire, entre donneur et receveur ; les textes ne traitent que du prélèvement. Et tout est fait pour éviter une éventuelle confusion entre cette opération portant sur le corps humain et un quelconque contrat ! Tout d'abord, aucune contrepartie pécuniaire n'est tolérée par la loi. Celui qui s'en serait fait promettre une ne pourrait obtenir, d'un juge, la condamnation du bénéficiaire de la greffe à le payer ; si ce dernier avait déjà payé, il pourrait se faire rembourser. Tous les paiements, les remboursements de frais mis à part, seraient dépourvus

d'une cause licite. Ensuite, le consentement donné par celui qui doit subir le prélèvement n'a rien de comparable à l'accord que chaque partie donne pour conclure un contrat. « Dans tous les cas, précise l'article 2 du décret, le consentement du donneur peut être retiré à tout moment sans formalité » (7). Le consentement au prélèvement ne comporte donc aucun engagement ; il est toujours révocable. De plus, les objectifs poursuivis par l'auteur du prélèvement ne sont pas libres (8). Enfin, ce consentement ne peut émaner d'un incapable. Celui qui doit subir le prélèvement doit jouir de son intégrité mentale et doit être majeur. Cette dernière exigence supporte une exception limitée ; « si le donneur potentiel est un mineur, le prélèvement ne peut être effectué que s'il s'agit d'un frère ou d'une sœur du receveur » (art. 1<sup>er</sup>, al. 2, de la loi).

La conclusion s'impose ; le législateur de 1976 n'a pas voulu protéger la volonté individuelle, ni encore moins reconnaître une soi-disant liberté de disposer de son corps. C'est une précision qu'il faut conserver à l'esprit pour comprendre le dispositif de protection lui-même, c'est-à-dire les moyens de la protection légale du corps humain.

## B - LES MOYENS DE PROTECTION

Protéger le corps, l'intégrité physique de chacun contre les audaces scientifiques, mais aussi contre lui-même, tel est l'objectif de la loi de 1976 et du décret de 1978. Pour tenter de le réaliser, il a fallu prendre de multiples précautions ; les unes ont consisté à définir strictement les buts qui pourraient justifier un prélèvement ; les autres ont veillé à la qualité du consentement donné au prélèvement.

a - Quel législateur oserait jouer comme un apprenti sorcier, avec l'humain ? La personne humaine est une valeur trop haute pour pouvoir être abandonnée à la merci de la volonté individuelle s'exerçant sans contrôle malgré toutes les pressions que les hommes ou les circonstances peuvent lui faire subir. C'est pourquoi, la loi de 1976 sur les prélèvements d'organes a fait preuve d'une louable prudence en définissant les seuls buts reconnus comme légitimes.

7 - *Les buts du prélèvement.* L'intervention sur le corps humain n'est jamais possible pour convenance personnelle. Le but doit toujours être, au moins, scientifique. Le sacrifice accepté d'une personne vivante ne peut même l'être que dans des conditions plus strictes. Le prélèvement sur une personne vivante n'est possible qu'en vue d'une greffe - première condition - ayant un but thérapeutique - deuxième condition : l'intérêt scientifique ne suffirait pas - sur un être humain - troisième condition -. En revanche, le prélèvement sur un cadavre peut être effectué « à des fins thérapeutiques ou scientifiques ».

En d'autres termes, c'est seulement dans l'intérêt d'un malade actuel ou des malades futurs que le prélèvement peut être pratiqué. Encore faut-il que le consentement de celui qui va être privé d'un de ses organes ait été convenablement recueilli !

(7) Comparer, pour une autre technique : art. 376-1 Code civil.

(8) Cf. infra n° 7.

b - La loi du 22 décembre 1976 est, de ce point de vue encore, exemplaire. Les précautions prises permettent de s'assurer du consentement libre et éclairé de l'intéressé. Du moins en est-il toujours ainsi lorsque le prélèvement n'est pas pratiqué après le décès. Et cette distinction est importante ; ce que la loi entend protéger, c'est bien la personne humaine ; d'où la diminution des précautions lorsque cette personne a disparu. A l'inverse, il faut noter un renforcement de la protection légale lorsque le donneur vivant est un mineur.

8 - *Le consentement (règles générales)*. Si le donneur est vivant au moment du prélèvement, il faut distinguer selon le genre d'organe qui doit lui être retiré. Un organe régénérable, comme un morceau de peau ou d'os, peut être prélevé dès lors qu'un consentement écrit a été obtenu avec la signature de l'intéressé et le contre-seing d'un témoin désigné par lui. Au contraire, le prélèvement d'un organe non régénérable, un rein par exemple, ne peut être opéré que si le donneur y consent par écrit devant le président du tribunal de grande instance. Ce consentement ne peut être donné, dans tous les cas, qu'après une complète information de l'intéressé sur « toutes les conséquences prévisibles d'ordre physique et psychologique du prélèvement sur la vie personnelle, familiale et professionnelle du donneur et sur les résultats qui peuvent être attendus de la greffe pour le receveur » (art. 1<sup>er</sup>, D. 31 mars 1978).

Si le donneur est décédé au moment du prélèvement, le dispositif bascule. L'intérêt des malades à soigner prend le dessus. Il ne s'agit plus de protéger la vie humaine, mais seulement de respecter la volonté légitime de celui qui s'est opposé à un prélèvement sur son cadavre. Il peut exprimer son refus par tout moyen (art. 8, D. 31 mars 1978) ; notamment, lorsqu'une personne est admise dans un établissement hospitalier, elle peut, à tout moment, consigner l'expression de son refus de tout prélèvement sur son cadavre dans un registre tenu à cet effet. Des précautions sont donc prises, mais, - et voilà toute la différence avec le prélèvement sur une personne vivante ! - qui ne dit mot consent. De plus, l'avis de la famille est inopérant : les proches ont seulement vocation à témoigner de l'opposition du défunt. Le prélèvement est donc possible sur le cadavre de toute personne n'ayant pas fait connaître son refus.

9 - *Les règles propres au mineur*. Ces règles s'appliqueront en principe sans difficulté ; le consentement ne peut évidemment être donné que par celui qui doit subir le prélèvement. Cette solution est écartée, en partie, pour les mineurs ; et c'est l'occasion d'un renforcement de la protection.

Conformément au droit commun, le consentement d'un mineur ne pourra être exprimé que par son représentant légal ; et la solution vaudra aussi bien pour les prélèvements sur une personne vivante que pour les prélèvements d'organes d'un cadavre. Mais les précautions ne s'arrêteront pas là, lorsque le donneur potentiel sera vivant. En premier lieu, son refus d'accepter le prélèvement sera toujours respecté, alors que son accord serait inefficace. En second lieu, une autorisation motivée devra être donnée par un comité de trois experts dont un médecin ayant au moins vingt années d'expérience et un autre médecin.



10 - *Conclusion*. Le consentement du donneur est une condition sine qua non du prélèvement ; mais ce n'est pas une condition suffisante. La manifestation de volonté de l'intéressé n'est là que comme garantie de la défense de ses propres intérêts vitaux. La loi protège, non la volonté pour elle-même, mais l'humain, le corps humain pour lui-même, comme il sied à une législation respectueuse de la nature humaine. Le législateur français ne peut oublier qu'aucune autre inspiration n'est admissible. L'humain, c'est autre chose.

### **BIBLIOGRAPHIE**

J.-B. GRENOUILLEAU, Commentaire de la loi n° 76-1181 du 22 décembre 1976 : D.S. 1977, chr. XXIX, p. 213.

Ph. JESTAZ, Rev. trim. dr. civ. 1977, p. 199, n° 1.

A. RAISON, Les prélèvements d'organes : Journ. Not. 1977, p. 805.

Cl. LOMBOIS, Introduction au droit et droit civil, Les cours de droit, 1980-1981, p. 260 à 262.

Et antérieurement à la réforme : R. SAINT-ALARY, in Annales Fac. Toulouse t. VI-1, 1958, p. 47.

J. SAVATIER, Et in hora mortis nostrae, Le problème des greffes d'organes prélevés sur un cadavre : D.S. 1968, Chr. XV, p. 89.

R. SAVATIER, Les problèmes juridiques des transplantations d'organes humains : J.C.P. 1969, 1, 2247.

Le corps humain et le droit, Travaux de l'Association H. CAPITANT (Journée belges), t. XXVI, 1975, Dalloz 1977.

### **ANNEXES**

#### **I - Loi n° 76-1181 du 22 décembre 1976.**

*Relative aux prélèvements d'organes* (J.O. 23 déc., p. 7365)

Art. 1<sup>er</sup>. - En vue d'une greffe ayant un but thérapeutique sur un être humain, un prélèvement peut être effectué sur une personne vivante majeure et jouissant de son intégrité mentale, y ayant librement et expressément consenti.

Si le donneur potentiel est un mineur, le prélèvement ne peut être effectué que s'il s'agit d'un frère ou d'une sœur du receveur. Dans ce cas, le prélèvement ne pourra être pratiqué qu'avec le consentement de son représentant légal et après autorisation donnée par un comité composé de trois experts au moins et comprenant deux médecins dont l'un doit justifier de vingt années d'exercice de la profession médicale. Ce comité se prononce après avoir examiné toutes les conséquences prévisibles du prélèvement tant au plan physique qu'au plan psychologique. Si l'avis du mineur peut être recueilli, son refus d'accepter le prélèvement sera toujours respecté.

Art. 2. - Des prélèvements peuvent être effectués à des fins thérapeutiques ou scientifiques sur le cadavre d'une personne n'ayant pas fait connaître de son vivant son refus d'un tel prélèvement.

Toutefois, s'il s'agit du cadavre d'un mineur ou d'un incapable, le prélèvement en vue d'une greffe ne peut être effectué qu'après autorisation de son représentant légal.

Art. 3 - Sans préjudice de remboursement de tous les frais qu'ils peuvent occasionner, les prélèvements visés aux articles précédents ne peuvent donner lieu à aucune contrepartie pécuniaire.

Art. 4. - Un décret en Conseil d'État détermine :

1 - Les modalités selon lesquelles le donneur visé à l'article 1<sup>er</sup>, ou son représentant légal, est informé des conséquences éventuelles de sa décision et exprime son consentement ;

2 - Les modalités selon lesquelles le refus ou l'autorisation visé à l'article 2 ci-dessus doit être exprimé ;

3 - Les conditions que doivent remplir les établissements hospitaliers pour être autorisés à effectuer les prélèvements visés à l'article 2 et être inscrits sur une liste arrêtée par le ministre de la Santé ;

4 - Les procédures et les modalités selon lesquelles la mort doit être constatée.

Art. 5. - Les dispositions de la présente loi ne font pas obstacle à l'application des dispositions de la loi n° 19-890 du 7 juillet 1949 relative à la greffe de la cornée et de celles du chapitre unique du livre VI du code de la santé publique relative à l'utilisation thérapeutique du sang humain, de son plasma et de leurs dérivés.

La présente loi sera exécutée comme loi de l'État.

**II - DECRET N° 78-501 du 31 mars 1978 pris pour l'application de la loi du 22 décembre 1976 relative aux prélèvements d'organes (J.O. 4 avril 1978).**

## CHAPITRE I

Modalités selon lesquelles le donneur vivant ou son représentant légal est informé des conséquences éventuelles de la décision et exprime son consentement.

### Section I.

#### *Donneur majeur*

Art. 1<sup>er</sup>. - Le donneur majeur, jouissant de son intégrité mentale, qui entend autoriser un prélèvement sur sa personne en vue d'une greffe, est informé des conséquences éventuelles de sa décision par le médecin responsable du service de l'établissement hospitalier dans lequel le prélèvement doit être effectué, ou par un médecin du même établissement désigné par ce responsable.

Cette information porte sur toutes les conséquences prévisibles d'ordre physique et psychologique du prélèvement ainsi que sur les répercussions éventuelles de ce prélèvement sur la vie personnelle, familiale et professionnelle du donneur. Elle porte, en outre, sur les résultats qui peuvent être attendus de la greffe pour le receveur.

Art. 2. - Lorsque le prélèvement porte sur un organe non régénérable, le consentement du donneur est exprimé devant le président du tribunal de grande instance dans le ressort duquel le donneur a sa résidence ou devant le magistrat désigné par le président de ce tribunal. Le magistrat qui recueille le consentement du donneur s'assure au préalable que ce consentement est exprimé dans les conditions prévues par la loi et après qu'il a été satisfait aux prescriptions de l'article 1<sup>er</sup> ci-dessus. L'acte auquel donne lieu le consentement est dressé par écrit et signé par ce magistrat et par le donneur. Il est transmis au directeur de l'établissement hospitalier dans lequel le prélèvement doit être effectué. La minute en est conservée au greffe du tribunal.

Dans les autres cas de prélèvement, le consentement du donneur est constaté par un écrit signé par celui-ci et contresigné par un témoin désigné par lui. Cet écrit est transmis au directeur de l'établissement hospitalier qui en assure la conservation.

Dans tous les cas, le consentement du donneur peut être retiré à tout moment sans formalité.

## Section II.

### *Donneur mineur.*

Art. 3. - Lorsque le donneur potentiel est un mineur, frère ou sœur du receveur, l'information de son représentant légal est faite dans les conditions prévues à l'article 1<sup>er</sup>.

Art. 4. - Le consentement du représentant légal est exprimé dans les conditions prévues à l'article 2 pour le donneur majeur.

Art. 5. - Lorsque le prélèvement porte sur un organe non régénérable, le comité prévu à l'article 1<sup>er</sup>, alinéa 2, de la loi susvisée du 22 décembre 1976 (n° 76-1181 : J.C.P. 77, III, 45160), est composé dans chaque cas d'experts, en nombre impair, désignés par le ministre chargé de la Santé, dont deux médecins choisis sur une liste établie par le conseil national de l'ordre des médecins.

Dans les autres cas de prélèvement, le comité est composé de trois experts désignés, pour chaque opération, par le préfet dont deux médecins choisis sur une liste régionale établie par le conseil national de l'Ordre des médecins.

En aucun cas, les médecins traitants du donneur et du receveur ne peuvent faire partie du comité.

Les fonctions de membre du comité d'experts sont gratuites.

Art. 6. - Le comité est saisi par le représentant légal dont le consentement a été recueilli au préalable dans les conditions visées à l'article 4.

Si le mineur est capable de s'exprimer, le comité procède ou fait procéder à son audition, en ayant soin de ménager sa sensibilité. Il l'informe ou le fait informer sous son contrôle des conséquences que le prélèvement est susceptible d'entraîner. Il peut le soumettre à tout examen utile.

Le comité reçoit les explications écrites ou orales du médecin qui doit procéder au prélèvement ou du médecin responsable du service dans lequel le prélèvement doit être effectué.

Il vérifie, le cas échéant, que le parent qui n'exerce pas l'autorité parentale, s'il est possible de se mettre en rapport avec lui, a été informé. Il recueille éventuellement ses observations.

Il procède à toutes les investigations et à toutes les consultations qu'il estime de nature à éclairer sa décision.

Il dresse un procès-verbal de ses diligences.

Art. 7. - Le comité ne peut délibérer valablement que si tous ses membres sont présents. Il statue à la majorité. Il ne peut autoriser un prélèvement sur un mineur qui a refusé de s'y soumettre.

Si le comité refuse d'autoriser un prélèvement, il ne motive pas son refus. S'il l'autorise, sa décision doit être motivée.

Le comité communique sa décision au représentant légal du mineur. S'il autorise le prélèvement, cette décision est, en outre, transmise au directeur de l'établissement hospitalier dans lequel le prélèvement doit être effectué.

## CHAPITRE II

Modalités d'expression du refus ou de l'autorisation de procéder aux prélèvements après décès.

Art. 8. - La personne qui s'entend s'opposer à un prélèvement sur son cadavre peut exprimer son refus par tout moyen.

Le refus peut porter sur tout prélèvement ou être limité à certaines catégories de prélèvements.

Art. 9. - Toute personne admise dans un établissement hospitalier autorisés à effectuer des prélèvements après décès, qui entend s'opposer à un prélèvement sur son cadavre, peut à tout moment consigner l'expression de son refus dans un registre. Si cette personne n'est pas en état de s'exprimer, est consignée dans ce registre toute indication recueillie sur sa personne, dans ses effets ou de toute autre provenance qui donne à penser qu'elle entend s'opposer à un prélèvement sur son cadavre.

Toutes les personnes pouvant témoigner qu'une personne hospitalisée a fait connaître qu'elle s'opposait à un prélèvement sur son cadavre, en particulier, les membres de sa famille et ses proches, consignent leurs témoignages assortis des justifications nécessaires dans le registre mentionné à l'alinéa précédent. Elles doivent notamment préciser le mode d'expression du refus, les circonstances dans lesquelles il a été exprimé et, le cas échéant, sa portée.

Art. 10. - Avant de procéder à un prélèvement sur un cadavre, le médecin auquel incombe la responsabilité de ce prélèvement et qui n'a pas appris par d'autres voies que le défunt s'y était opposé de son vivant doit s'assurer que le refus de ce dernier n'a pas fait l'objet d'une inscription au registre mentionné à l'article 9.

Le médecin s'assure également que le défunt n'était ni mineur ni incapable.

Art. 11. - Si le défunt est un mineur ou un incapable, tout prélèvement sur son cadavre en vue d'une greffe est subordonné à l'autorisation écrite de son représentant légal. Cette autorisation est consignée dans le registre mentionné à l'article 9.

## CHAPITRE III

Conditions et procédure d'autorisation des établissements en vue d'effectuer des prélèvements après décès.

Art. 12. - Les prélèvements mentionnés à l'article 2 de la loi susvisée du 22 décembre 1976 ne peuvent être effectués que dans des établissements comportant hospitalisation spécialement autorisés à cette fin dans les conditions prévues ci-après.

Art. 13. - Pour être autorisés à effectuer ces prélèvements, les établissements d'hospitalisation doivent disposer :

Du personnel médical et des moyens techniques permettant de constater la mort dans les conditions prévues aux articles 20 et 21 ;

Du personnel médical compétent pour effectuer les opérations de prélèvement pour lesquelles l'autorisation est sollicitée ;

D'un local de prélèvement ou d'une salle d'opération doté du matériel nécessaire à l'exécution de ces prélèvements ;

Des moyens nécessaires à la conservation des corps ;

Du personnel apte à effectuer la restauration tégumentaire.

Ils doivent également justifier d'une organisation et d'un fonctionnement de nature à assurer que les opérations que comportent les prélèvements sont exécutées de façon satisfaisante.

Des arrêtés du ministre chargé de la santé peuvent préciser, selon la nature des prélèvements, les qualifications professionnelles du personnel et les types de matériel dont doit disposer l'établissement.

Art. 14. - La demande d'autorisation est adressée au ministre chargé de la santé : elle précise pour quelles fins l'autorisation est sollicitée et, s'il s'agit de fins thérapeutiques, la nature des prélèvements que l'établissement se propose d'effectuer.

Art. 15. - Le ministre chargé de la santé soumet la demande accompagnée du dossier à l'avis d'une commission présidée par un inspecteur général des affaires sociales et composée ainsi qu'il suit :

- Le directeur général de la santé ou son représentant ;
- Le directeur des hôpitaux ou son représentant ;
- Le directeur de la sécurité sociale ou son représentant ;
- Un directeur d'établissement hospitalier public ;
- Un directeur d'établissement hospitalier privé ;
- Six médecins.

Les directeurs d'établissement hospitalier et les médecins sont désignés pour trois ans par le ministre chargé de la santé. Pour les membres nommés à titre personnel, un suppléant est désigné dans les mêmes conditions.

La commission peut procéder ou faire procéder à toutes auditions, investigations ou vérifications de nature à éclairer l'avis qu'elle est appelée à donner.

Art. 16. - Le ministre chargé de la santé notifie sa décision au demandeur. En cas d'autorisation, celle-ci précise la nature des prélèvements autorisés et le but scientifique ou thérapeutique auxquels ils répondent.

L'autorisation peut être accordée pour une durée limitée.

Art. 17. - S'il estime que l'une des conditions prévues à l'article 13 n'est plus remplie, le ministre, ayant pris l'avis de la commission mentionnée à l'article 15, l'établissement hospitalier concerné ayant, au préalable, été mis en mesure de présenter ses observations, retire l'autorisation.

Le retrait d'autorisation peut être total ou partiel.

En cas d'urgence, le ministre prononce, sans formalité préalable, la suspension de l'autorisation.

Art. 18. - Le ministre chargé de la santé établit et tient à jour la liste des établissements autorisés à effectuer des prélèvements à des fins thérapeutiques ou à des fins scientifiques.

Art. 19. - A titre transitoire, le ministre chargé de la santé établit une liste des établissements provisoirement autorisés à effectuer les prélèvements prévus par le présent décret. L'autorisation provisoire est valable jusqu'à la décision du ministre accordant ou refusant l'autorisation en application des dispositions de ce décret et, au plus tard, jusqu'au 31 décembre 1979. L'autorisation provisoire peut être suspendue ou retirée sans formalité, sous la seule réserve que l'établissement doit être mis en mesure de présenter ses observations préalablement au retrait.

#### CHAPITRE IV

##### Modalités et procédure de constatation de la mort

Art. 20. - Aucun prélèvement à des fins thérapeutiques ou scientifiques ne peut être effectué sur un corps sans que la mort ait été préalablement constatée dans les conditions prévues à l'article 21 par deux médecins de l'établissement, dont l'un doit être un chef de service ou son remplaçant autorisé à cet effet.

En cas de prélèvement à des fins thérapeutiques, les médecins appartenant à l'équipe qui effectuera le prélèvement ou à celle qui procèdera à la greffe ne peuvent participer au constat.

Art. 21. - Le constat est fondé sur des preuves concordantes cliniques et paracliniques permettant aux praticiens de conclure à la mort du sujet.

Les procédés utilisés à cette fin doivent être reconnus valables par le ministre chargé de la santé après consultation de l'académie nationale de médecine et du conseil national de l'Ordre des médecins.

Les médecins établissent un procès-verbal précisant les procédés utilisés, les résultats obtenus, la date et l'heure de leurs constatations.

Art. 22. - Les médecins qui procèdent à un prélèvement à des fins thérapeutiques ou scientifiques établissent un compte rendu détaillé de leur intervention et de leurs constatations sur l'état du corps et des organes prélevés.

Si les circonstances ayant entouré la mort sont telles que, dans l'intérêt d'une preuve à apporter, le cadavre est susceptible d'être soumis à un examen médico-légal, le médecin qui a connaissance de ces circonstances doit s'abstenir de tout prélèvement qui rende aléatoire la preuve des causes du décès.

Art. 23. - L'article R. 364-16 du code des communes est abrogé.

---



**LES PAGES DU CENTRE  
DE PHILOSOPHIE DU DROIT**





## ÉLÉMENTS POUR UNE MYTHOLOGIE JURIDIQUE DE NOTRE TEMPS (suite) :

### DIALECTIQUE DE LA LUTTE DES CLASSES ET DROIT DU TRAVAIL (Conférence du 15 décembre 1980)

par M. Christian ATIAS

---

#### Summary.

This meeting is dedicated to a myth, a common delusion ; it shows that neither the present labour law, nor the evolution of that law can be explained by class struggle.

« Il est difficile de saisir le processus de détermination, en dernière instance, du droit, par la base socio-économique » (A. Jeammaud, le statut protecteur des salariés investis de fonctions représentatives : droit, juri-disme et idéologie des juristes, Actes, II, 1976, p. 19). Cette incertitude qui pèse selon les marxistes eux-mêmes, sur la doctrine de la lutte des classes et surtout sur son influence dans la formation du droit, mérite réflexion.

S'agit-il d'un préjugé, d'un pressentiment ou d'une intuition ? La lutte des classes ne paraît pas expliquer le droit du travail ; elle ne paraît pas susceptible d'en assurer l'amélioration. Le Pape, Jean Paul II, dans son discours aux ouvriers philippins (Manille, février 1981), ne déclarait-il pas : « La lutte des classes qui oppose un groupe à un autre, ne peut pas créer la justice puisque ses prémices sont la destruction et le mépris de l'homme ».

Qu'est-ce que la lutte des classes ? C'est une notion de caractère idéologique. Son origine se trouve dans la dialectique matérialiste marxiste.

Or, « faire de la contradiction dialectique la loi fondamentale de tout mouvement, de toute évolution, c'est tenter de systématiser une interprétation subjective de la nature qui permette de découvrir en elle un projet ascendant, constructif, créateur, de la rendre enfin déchiffrable et moralement signifiante ». (J. Monod, Le hasard et la nécessité, essais sur la philosophie naturelle et la biologie moderne, Seuil, 1970, p. 51 ; sur « l'inversion par laquelle Marx substitue le matérialisme dialectique à la dialectique idéaliste de Hegel », *ibid.*, p. 46).

Un ouvrage récent (Collin, Dhoquois, Goutierre, Jeammaud, Lyon-Caen, Roudil, Le droit capitaliste du travail, collection critique du droit, n° 5, Presses Universitaires de Grenoble, 1980) : propose encore une lecture du droit du travail à travers la dialectique marxiste de la lutte des classes.

*A - Dialectique et contenu du droit du travail.*

a - Existence de la lutte des classes.

1 - Conditions de son existence :

- des groupes sociaux homogènes,

- des groupes sociaux en nombre réduit,
- des groupes sociaux en situation d'antagonisme nécessaire.

## 2 - Confrontation à la réalité :

- confrontation idéologique.

Voir *La Sagesse et le Désordre*, France 1980, ouvrage publié sous la direction de H. Mendras, NRF 1980.

- des groupes sociaux hétérogènes,
- des groupes sociaux nombreux,
- des groupes sociaux se retrouvant sur des points importants et se divisant sur d'autres.

- confrontation globale.

- toute société comporte des tensions,
- l'antagonisme gouvernants-gouvernés est inhérent à toute structure sociale.

Ces conflits laissent survivre une certaine solidarité notamment nationale.

b - Influence de la lutte des classes sur le droit du travail.

### 1 - Vision raisonnable.

C'est l'action ouvrière qui améliore le droit du travail. Cette présentation doit être doublement nuancée.

- Il est normal que chaque groupe social défende ses intérêts.
- La défense de leurs intérêts par les ouvriers n'est pas spécifique.

Ces deux arguments montrent qu'il ne suffit pas, pour expliquer son évolution, de dire que le droit du travail ne change dans le sens du progrès social que grâce à l'action de la classe ouvrière.

### 2 - Vision dogmatique.

Le droit du travail comme droit de classe.

La question est alors de savoir si le droit du travail est le droit de protection systématique d'une catégorie sociale dont la pression impose cette protection ou s'il est un droit essentiellement bourgeois qui cherche à préserver l'ordre bourgeois, c'est-à-dire l'utilisation de la force de travail humaine par les propriétaires des instruments de production.

- 1<sup>ère</sup> critique : Il n'est pas vrai que le droit du travail n'apporte rien à la classe ouvrière ; les auteurs marxistes le reconnaissent volontiers. Selon eux, la seule raison pour laquelle il faut critiquer le droit du travail et le présenter comme capitaliste est ailleurs : « puisque le discours dominant ne parle à peu près que de son caractère bénéfique pour la classe ouvrière, il importe donc de tordre le bâton dans l'autre sens en démontrant la réalité et les modalités de sa fonction la plus déterminante, mais la moins notoire » (*Le Droit Capitaliste du travail*, précité, p. 155).

- 2<sup>e</sup> critique : Il est normal que le droit du travail respecte les intérêts des employeurs.

- 3<sup>e</sup> critique : Il est normal que le droit du travail ne vise pas le renversement de la société. Le pluralisme est peut-être la caractéristique du système capitaliste français.

## B - *Dialectique et amélioration du droit du travail.*

a - Le principe : Droit et Justice.

1 - La fonction normative du droit, telle qu'elle est classiquement retenue, interdit de le fonder sur la dialectique de la lutte de classes. En effet, il n'y a pas de droit sans jugement de valeur : la dialectique de la lutte des classes ne permet pas de fonder ces jugements de valeur. De plus et surtout, lorsqu'il y a lutte d'intérêts entre deux groupes sociaux, la fonction du droit n'est pas l'extermination de l'un d'eux, ni même la suppression de son intérêt propre par son intégration autoritaire dans l'autre.

La fonction du droit est de retrouver l'équilibre social : au lieu d'attiser le conflit, il doit l'apaiser. Le rôle du droit n'est pas de constater ou d'aviver les rapports de force, mais de moraliser les moyens employés et leurs résultats pour le bien de tous, de fixer la règle du jeu en quelque sorte.

2 - La fonction normative du droit dans la vision marxiste elle-même conduit à remettre en cause la présentation dialectique. En effet, il est clair que dans le discours marxiste, la lutte des ouvriers n'est jamais considérée comme équivalente à la lutte des capitalistes.

b - Application : L'exemple du lock-out.

Le lock-out est-il licite ? Selon les auteurs marxistes, il ne faut pas en matière de lock-out, raisonner uniquement en termes de rapport de forces ; il ne suffit pas de dire que la force patronale peut s'exprimer selon des procédés analogues à ceux que peut employer la force ouvrière.

Pourquoi ? Parce que la grève n'est licite qu'en raison de son caractère collectif et que le raisonnement en termes collectifs n'est possible en faveur des ouvriers que parce que leur infériorité individuelle doit être compensée par une possibilité d'action collective.

C'est assez dire que le droit se voit ici reconnaître la mission de rééquilibrer les forces inégales, d'interdire au plus fort ce qui est permis au plus faible, ce qui, à l'évidence, n'est pas l'expression d'un rapport de force. Dans une telle analyse, il est clair que le droit cherche à moraliser les rapports de force, à fixer la règle du jeu.

Plus généralement, cette analyse marxiste d'une question de droit du travail repose à l'évidence sur un jugement de valeur, plus généralement sur le choix d'une classe préférable.

En conclusion, la critique la plus profonde et la plus grave qui puisse être adressée à la démarche dialectique de certains juristes est d'ordre méthodologique : ce qui est condamnable, c'est la croyance dans la possibilité d'expliquer la société par recours à une seule loi, une loi d'opposition qui serait toujours vraie, toujours vérifiée.

Ce dogmatisme étriqué, cette systématisation outrancière, voilà ce qui condamne la dialectique marxiste en matière juridique. L'expérience, plusieurs fois séculaire, montre que jamais le droit ni la société ne sont un bloc monolithe, répondant à une seule logique. Le droit n'est pas dialectique parce qu'il est un raisonnement beaucoup trop libre, riche et nuancé pour pouvoir être enfermé dans le simplisme de l'opposition des contraires.

### **BIBLIOGRAPHIE**

- G. GURVITCH, *Dialectique et sociologie*, Flammarion, 1962.  
 M. MERLEAU-PONTY, *Les aventures de la dialectique*, Gallimard, 1955.  
 J. PIAGET, *Les formes élémentaires de la dialectique*, Gallimard, 1980.  
 M. ABELES, *Sociologie et lutte des classes*, *Revue Dialectiques*, n° 13, p. 44.

---

## **LA DÉMOCRATIE**

(Conférence du 5 janvier 1981)

par J.-M. PONTIER

---

### **Summary.**

Democracy. Strength and weakness. Diversity and unity.

A première vue, le thème de la démocratie est fort banal. Il semble même faire l'unanimité. Combien de pays déclarent refuser d'être démocratiques ?

Pourtant, ces pays ont des institutions très différentes : la démocratie serait-elle un concept élastique ?

C'est, en tout état de cause, un concept difficile à définir. D'abord, sa définition relève de plusieurs disciplines. Ensuite, il est difficile d'en proposer une sans s'engager. Enfin, de très nombreuses tentatives de définition ont déjà été faites sans parvenir à emporter l'adhésion. S'agit-il du régime dans lequel « la populace a la domination » (Oresme) ou de celui qui constitue un procédé particulier pour la sélection des minorités dirigeantes (H. de Man) ? C'est assurément une des réponses possibles à la question de la détention du pouvoir.

Une définition courante consiste à présenter la démocratie comme le gouvernement du peuple (le nombre constituant un titre au commandement) pour le peuple (le plus grand nombre étant désigné comme bénéficiaire) par le peuple (les gouvernants étant complètement identifiés aux gouvernés).

### **A - LA DIVERSITÉ DES CONCEPTIONS DE LA DÉMOCRATIE**

a - *La conception traditionnelle ou libérale.*

1 - Une conception longtemps exclusive.

- L'origine grecque : une philosophie résolument individualiste. Démocratie est synonyme de liberté et d'autonomie.

Influence du nationalisme.

Les procédés :

- le suffrage universel,
- la séparation des pouvoirs,
- le bicamérisme.

2 - La crise de la conception libérale.

Causes externes :

- inefficacité en période difficile,
- collectivisation des rapports,
- intervention économique de l'État ; « l'homme situé » (G. Burdeau).

Causes internes :

- irrespect de leurs principes fondamentaux par les démocraties elles-mêmes (atteintes aux libertés individuelles),
- absence d'idéal.

b - *La conception marxiste.*

Critique philosophique du formalisme de la démocratie libérale.

Procédés mis en œuvre :

- rejet du suffrage universel (exigence de la conscience de classe),
- unité du pouvoir,
- bicamérisme purement provisoire et apparent.

## B - LA SOCIÉTÉ DÉMOCRATIQUE

a - *Un État démocratique.*

1 - Un État qui se conforme au droit. La démocratie apparaît comme une institution qui appelle l'État à intervenir, contrairement à sa propre préoccupation de limiter le pouvoir étatique.

2 - Un État qui utilise le droit en faveur de la liberté et de l'égalité (participation, reconnaissance des minorités).

b - *Un homme démocratique.*

1 - Relativité (Kelsen) limitée au domaine politique.

2 - Absolu de la vocation de l'homme (M. Burdeau ; Bergson).

---

## LE DROIT NATUREL, NOTION VIDE OU NOTION DOUBLE ?

(Dialogue autour de la conférence donnée le 12 janvier 1981  
par M. Philippe JESTAZ)

---

### Summary.

The theme of this dialogue is natural law and its duality : besides its political significance, isn't there a consequence in methodology ?

La constatation dont il faut partir, à propos du droit naturel, est qu'il s'agit d'un sujet déjà beaucoup trop souvent abordé et traité, sans que, pour autant, son existence ait été préalablement vérifiée. Une chose au moins est sûre : l'idée de droit naturel existe ; elle est même bien vivace.

Un auditeur impertinent se demanderait déjà si la nature particulière du droit naturel ne fait pas que la ténacité de cette idée vaut vérification de l'existence de la notion. Le sentiment individuel du juste, ou du plus juste, qui serait possible à trouver dans chaque cas est sans doute trop absent des analyses contemporaines de la notion de droit.

Celui qui part à la recherche de la nature du droit naturel est menacé d'emprunter une multitude de fausses pistes. Les mots « Droit naturel » ont reçu une foule d'acceptions diverses à travers les temps. Au XVIII<sup>e</sup> siècle, c'est « l'état de nature » qui devait donner l'exemple de ce droit idéal.

Notre mauvais esprit s'étonne, ici, de ne pas voir le droit naturel thomiste en première ligne. Ne contenait-il pas, outre la référence religieuse, l'espoir métaphysique d'un progrès du droit se rapprochant d'un idéal indiscernable en lui-même.

L'ethnologie fait découvrir que l'idée de droit naturel n'a rien à voir avec l'état de nature ; elle est, au contraire, très raffinée, apprise et fixée seulement après des siècles de vie sociale, de même que la « politesse naturelle » est, en réalité, quelque chose d'appris.

Même si le droit, tel que nous l'entendons, est une idée « neuve » en Europe et ailleurs, il se peut que la quête d'un meilleur droit soit contemporaine de l'idée-même de droit, consubstantielle en quelque sorte. Il se peut que la nature humaine comporte des exigences propres dont le sentiment de l'idéal ne serait qu'un pâle reflet.

Le droit naturel est ressenti comme une quête de l'universel : c'est donc quand le droit commence à s'universaliser que le droit naturel s'approche. L'erreur consiste à rechercher le droit naturel dans le passé.

C'est une idée ancienne que l'universel serait le critère du bon droit (Pascal) ; elle n'est pas très convaincante. La nature humaine n'est pas une, lorsqu'elle est envisagée compte tenu des circonstances diverses dont le droit doit tenir compte. L'erreur ne serait-elle pas d'origine kantienne, dans le divorce de l'être et du devoir-être ? Voir N. Elias, *La civilisation des mœurs*. La nature sociale de l'homme ne lui commande-t-elle pas, dans bien des domaines qui n'affectent pas l'essentiel, de se comporter comme ses semblables ?

Cette erreur a une double cause. Tout d'abord, l'idée de droit naturel est apparue très tôt (en tout cas, dès la protestation d'Antigone), mais c'était une idée assez vague, et non un « corpus », un ensemble de règles. Ensuite, la volonté de limiter le pouvoir du législateur au nom du droit naturel ne s'est développée qu'avec le déclin de la loi divine et la laïcisation du droit. Le droit naturel apparaît comme le substitut laïc des garde-fou religieux du pouvoir temporel.

Historiquement, cette présentation est fort discutable. Le droit naturel, c'est d'abord et avant tout la limite imposée au pouvoir temporel par l'obligation qui lui est faite de respecter, non pas le droit divin, inconnaisable, mais sa représentation connaissable. Le souci de limiter le législateur par le droit naturel ne date pas de la laïcisation du droit. C'est Kant, encore, qui croit sauver le droit naturel en le laïcisant et qui l'assassine en le coupant de toute réalité.

De cette ambition, découle la nature alors attribuée au droit naturel. Il faut qu'il soit universel et intemporel. Le mythe du bon sauvage aidant, c'est dans le passé qu'est recherchée la trace de l'humaine nature à l'état pur.

C'est un échec. Il n'est pas possible de donner un contenu à ce droit naturel. Aucun principe commun ne se dégage ; même le principe qui interdit de nuire à autrui ou celui du respect de la parole donnée souffre de multiples exceptions.

Le point est hors de doute, mais il ne prouve rien. Il ne faut pas renverser le raisonnement jusnaturaliste, avant de prétendre que le droit naturel repose sur sa tête. Le droit naturel, par définition, n'a pas à être reconnu par le droit positif pour exister. C'est le droit positif qui n'est légitime que s'il est conforme au droit naturel. Ce n'est pas parce que les droits positifs divergent que tous n'auraient pas intérêt à converger vers des solutions meilleures. Ce n'est pas non plus parce qu'il est difficile de découvrir le contenu du droit naturel qu'il n'existe pas. La conscience aussi, et les vaccins et les trésors sont difficiles à découvrir.

La recherche du droit naturel dans le passé s'accompagne de trois autres erreurs. Tout d'abord, parce qu'il est un idéal, le droit naturel n'a pas à être cherché dans un corps de règles qui serait commun à toutes les sociétés.

Sauf si cet idéal puise ses sources dans la nature humaine auquel cas, sous les variations parfaitement légitimes (les hommes ont à affronter des conditions de vie variables), doivent se retrouver des constantes (respect absolu de la vie humaine, refus de toute distinction, à cet égard, entre humain et humain : cf. nos observations supra p. 150).

Ensuite, une autre erreur consiste à confondre droit et morale.

Ce serait une autre conférence que de revenir sur une distinction qui, pour être unanimement affirmée, n'est ni claire, ni innocente.

Enfin, une dernière erreur consiste à confondre, selon l'éclairante terminologie de Tocqueville, la *société politique* et la *société civile*.

Dans la société politique, le devoir du législateur est la quête d'une conscience universelle, c'est ce que signifie l'idée de droit naturel. Dans la société civile, l'idée de droit naturel devient peut-être une hypothèse scientifique, une référence technique, non pour limiter le pouvoir, mais pour l'expliquer. Dans la société politique, le droit naturel, c'est le droit souhaitable. Dans la société civile, c'est le droit rationnel, évident.



## A - LE DROIT SOUHAITABLE

Dans la société politique, le droit naturel n'est qu'une idée mais un acte de foi (a) pourrait lui donner corps et réalité (b).

### a - *Un acte de foi.*

Le droit est peut-être un objet de foi, la religion - laïque - de ceux qui n'en ont pas. De ce point de vue, il faut être confiant dans l'avenir. Un texte de Victor Hugo (*Le droit et la loi*) développe cette idée que le droit - le juste - est en querelle permanente, mais décroissante, avec la loi - le possible - (« Avant l'exil »).

Le droit est plus que cela, car il n'appartient à personne, ni au législateur, ni aux juges, ... Toute règle de droit s'insère dans un ensemble qui l'oriente et la gouverne. Le droit ne se forme tout à fait qu'en s'appliquant et, pourtant, il reste en suspension au-dessus de toutes ces hypothèses d'application. Il est le raisonnement qui conduit de règles imparfaitement formulées par essence (Voir notre première remarque de cette intervention) à la solution. Ce qui l'incline vers la justice, ce n'est pas la foi d'un interprète, c'est peut-être bien sa cohérence et la tentation du juste qui anime cet interprète.

### b - *L'existence réelle.*

La conscience universelle progresse, notamment grâce aux progrès de la communication.

La démocratie est peut-être le régime où les scandales sont publics ; c'est aussi et surtout le régime où la manipulation des populations est la plus dangereuse.

De plus et surtout, il est à craindre que ce progrès ne soit fallacieux. Le progrès des communications n'assure-t-il pas principalement le développement de certaines modes intellectuelles qui laissent l'essentiel de côté ? Ce sont les revendications les plus criardes qui se font le mieux entendre ; ce ne sont pas celles qui sont les plus hautes humainement parlant : et revoilà la nature humaine !

Les deux objections auxquelles on peut songer peuvent être repoussées. Il importe peu que les valeurs en progrès soient celles auxquelles certains sont attachés ; il importe peu que prolifèrent les actes contraires au droit, ne serait-ce qu'en raison de leur fonction de révélateurs du droit ; ils aident à mieux prendre conscience du droit.

Et des exigences de la nature humaine ?

## B - LE DROIT ÉVIDENT

### a - *La méthode de recherche.*

- les errements passés de la distinction des droits objectifs et subjectifs ne conduisent qu'à des illusions ;

- une proposition. Concevoir le droit comme un ensemble de solutions parfaites. Le critère du progrès se trouverait dans la tendance à s'internationaliser.

Le critère est bien faible. Il recouvre aussi la tendance à l'uniformisation des modes de vie. Et puis pourquoi abandonner le critère du nombre dans le temps - les « bonnes mœurs » n'étaient-elles pas celles qui avaient été progressivement reconnues comme meilleures - pour celui du nombre dans l'espace ? La comparaison des droits, lorsqu'elle s'informe des conditions sociales, peut aider à la découverte des exigences de la nature humaine. Elle ne saurait avoir aucun monopole, ni aucune prééminence (1).

Pour parvenir à ce progrès du droit, ne faudrait-il pas, en prenant exemple sur le droit romain, faire précéder, non plus le droit par l'action, mais la règle par la solution.

b - *Le contenu du droit naturel.*

- Des notions : règle, juge, contrat, personne morale, patrimoine, vente et propriété.
- Des principes techniques : Nemo censetur, auditur,...
- Des postulats : différence prêt-donation.
- Des solutions : un côté unique de circulation automobile (attention au faux bon sens : cf. vente de la chose d'autrui).

L'auditeur de mauvaise foi sourit évidemment à l'évocation de ce catalogue qui paraît bien regrouper des solutions ou règles qui se voudraient universelles. Il n'est pas moins intrigué par cette référence au sens commun... qui rappelle quelque chose. Décidément, la nature humaine a la vie dure, ce qui est plutôt une bonne nouvelle. Le plus étonnant serait le refus de s'abandonner plus simplement et plus directement à la recherche de ses exigences physiques, spirituelles...

En conclusion, il faut constater un progrès vers l'universel (conscience politique) et un progrès des échanges - donc du droit naturel civil - ; mais ce serait une autre question que de savoir s'ils étaient inscrits dans notre nature.

---

(1) Sur les aspects méthodologiques, cf. ALLET, De la signification méthodologique de l'idée de droit naturel, Arch. Philosophie du Droit, 1933, II, 47.

## CRITIQUE DE L'UTILITARISME JURIDIQUE

(Conférence du 19 janvier 1981)

Par M. Michel VILLEY

Directeur du Centre de Philosophie du Droit  
de l'Université de Paris II

---

### Summary.

Bentham and Aristotle. Juridical utilitarianism is opened to criticism.

---

Un mot tout d'abord de la philosophie du droit ; avec peut-être certains d'entre vous, j'estime que la plupart des juristes français ont tort de se défier de cette discipline, qu'à la vérité, il est plusieurs façons d'entendre. En ce qui me concerne j'en fais une dépendance de l'étude et de l'histoire de la philosophie générale, de la philosophie tout court.

Et il ne cesse de m'étonner que tant de mes collègues juristes s'imaginent pouvoir se passer de *philosophie*. Il ne se peut que soient sans philosophie des *professeurs* qui ont pour fonction d'enseigner le droit de façon ordonnée, dans un *langage* organisé, toujours sur la base de quelques *principes*. Car ces principes et ce langage, les professeurs les ont reçus de systèmes philosophiques.

Il y a quinze jours à notre Séminaire de Paris, nous entendions M. Rivero qui déclarait n'en pas revenir, d'avoir plusieurs fois enseigné au long de sa carrière (ou vu ses collègues enseigner), ce qu'il appelle la « *doctrine officielle* » des sources du droit, un positivisme juridique de style Carré de Malberg : la source de tout le droit public, serait le texte de la Constitution ; elle-même expression de la « *volonté générale du peuple* », puisque nous serions en démocratie. Au-dessous de la Constitution les textes des *lois*, qui lui seraient conformes, au-dessous des *lois* les *règlements* etc... Ainsi en aurait décidé Carré de Malberg. Théorie qui nous vient plutôt de Kant et de Rousseau, de Hobbes, de la philosophie du contrat social. C'est le produit d'une *philosophie*, et de philosophes qui ignoraient tout de la pratique du droit, de la réalité juridique, dont les professeurs de droit ont reçu les systèmes.

Car, ajoutait M. Rivero, le « *calvaire des publicistes* » est d'être obligés de se rendre à cette évidence, que le droit *constitutionnel* est essentiellement *coutumier* ; il dépend très peu de la « *Constitution* ». Surtout pas de la Constitution de la 3<sup>e</sup> République (1875) qui tient en 10 lignes, d'auteurs régulièrement violés.

A moins qu'il n'arrive à nos publicistes d'exploiter le thème des « *droits de l'homme* », qui lui est un legs, plutôt contestable, du jusnaturalisme moderne. Pour le droit *administratif*, il procède en majeure partie de la jurisprudence du Conseil d'État.

Voici le « calvaire des publicistes » ; - peut-être aussi des privatistes : il y a un *gap*, une béance, une contradiction très inconfortable entre l'expérience des publicistes et la philosophie du droit que pourtant ils suivent, ils enseignent ; mais que la plupart se refusent à *mettre en question*, puisqu'il est aujourd'hui convenu d'exclure du discours scientifique toute métaphysique brumeuse.

Eh bien, pour notre part, nous tentons de réintégrer, pour la critique de notre science du droit, de la philosophie, comme cela se fait à l'étranger. J'attaque mon sujet. Le sujet en somme a peu d'importance. Quel que soit le sujet en philosophie, on touche à tout, on traite du *tout*, objet de la philosophie. Le sujet qui m'est affecté par M. Atias, mon sujet s'intitule : Critique de l'*utilitarisme juridique*. D'ailleurs c'est moi qui l'ai choisi, et je l'ai choisi parce que l'envahissement de l'utilitarisme me paraît être une illustration de cette carence de philosophie dont souffrent les juristes français, et en général notre temps.

Seulement avant de critiquer l'utilitarisme juridique, il faut le présenter.

## I - PRÉSENTATION

Ce titre n'est pas alléchant. Je suppose que ni vous ni moi n'aimons beaucoup les mots en *isme*. Mais c'est en des systèmes en *isme* : le positivisme juridique, le normativisme, le sociologisme, le structuralisme, le systématisme, que débouchent les philosophies de l'idéalisme moderne, parce que l'idéalisme construit ses doctrines à partir d'*idées* sur lesquelles on mettra l'accent avec excès de systématisme, au lieu d'essayer de saisir la réalité, le réel concret.

De surcroît l'utilitarisme est un mot au sens élastique. Il y a en fait *plusieurs versions* de l'utilitarisme.

a - On enseigne ordinairement que le fondateur par excellence de l'école utilitariste- encore qu'il ait maint précurseur- serait Bentham, à la fin du XVIII<sup>e</sup> siècle : à cause du principe de l'*utilité* qu'il définit au commencement de ses « principes de morale et législation ». Puisque tout homme cherche son plaisir, et d'après Bentham cet axiome serait une vérité scientifique- désormais le principe unique de la philosophie morale doit être de concentrer ses efforts vers ce but : la *maximation des plaisirs*. Il ajoute, on voit mal pourquoi, la maximation des plaisirs *du plus grand nombre* de gens possible dans un groupe social. Et la morale devient une *science*, qui aura pour fonction de calculer les *moyens* capables d'aboutir, avec le plus d'économie, à cet accroissement des plaisirs des individus.

Notons le terme d'*individus*. L'individualisme, héritage du nominalisme, est une pièce fondamentale de la doctrine utilitariste, qui fut principalement anglaise et américaine, avant de se répandre partout. Et le *libéralisme* : à chaque membre du groupe, chaque individu appartient de choisir ses « valeurs », de décider où sont ses « plaisirs ». Ne reste donc à la morale qu'à découvrir les moyens de les lui procurer.

Ce dogme là va demeurer la colonne maîtresse de l'utilitarisme de Stuart Mill, disciple de Bentham, qui cependant corrigera certaines grossièretés de la doctrine : l'idée surtout que le plaisir puisse être *quantifié*, et qu'on n'ait pas à tenir compte de ses qualités. Encore d'Austin et de Sidgwick. Aujourd'hui des philosophies *néo-utilitaristes*, très vivaces en Amérique. Car cette philosophie morale jouit toujours d'une immense fortune aux États-Unis. J'ai lu souvent dans des traités de morale anglais ou américains que c'était la seule philosophie morale qui tienne de nos jours. La plupart des américains me paraissent mal réussir à s'en dégager. Je le dis même de Jown Rawls, dont la « théorie de la justice » est un *best-seller*. Il a prétendu dépasser l'utilitarisme. J'en doute pour ma part. Et cette philosophie morale s'est répandue largement à travers le monde.

b - On peut toutefois se demander si une autre version, une forme plus achevée d'utilitarisme n'aurait pas eu pour fondateur un continental, dès le XVII<sup>e</sup> siècle : Leibniz. C'est la conviction de René Sevé qui prépare une thèse sur Leibniz. Il m'a convaincu. Compterait pour Leibniz avant tout l'accroissement de l'énergie de l'être, de sa puissance, de nos *moyens d'agir* : pas précisément au service des individus, plutôt au service de l'univers, du tout. Peu importe au service de quoi, à quoi ces moyens sont utiles. Seule compte l'*efficience*. Agir pour agir. C'est faustien : « au commencement était l'action ».

Pour Max Weber, la culture de l'Occident moderne se caractérise par un processus effréné de *rationalisation téléologique*, c'est-à-dire d'organisation des moyens d'agir pour transformer le monde. Il n'est plus question de comprendre le monde, disait Marx contre Feuebach, mais de le transformer, en accélérant le mouvement de l'histoire.

Et ainsi nous avons versé dans le technicisme, qu'a dénoncé avec une force extraordinaire le livre de J. Ellul : *La Technique et l'enjeu du siècle*. Le gouvernement des technocrates, ceux qui savent les moyens d'agir et d'être efficaces. A cela servent les sciences modernes qui tiennent le haut du pavé à l'âge du positivisme : elles disent les rapports de cause à effet. On compte plus ou moins sur les technocrates pour faire advenir le « Meilleur des mondes » qu'a décrit Huxley ; lequel fonctionne parfaitement bien, on ne sait à vrai dire pourquoi, à vrai dire pour rien. La Technique que dénonce Ellul pourrait représenter le triomphe de l'utilitarisme.

\*  
\* \*

Utilitarisme *juridique*. Est-ce que les juristes par hasard auraient échappé à ce raz de marée de l'utilitarisme ?

Au premier abord, il paraîtrait que oui - que le droit serait resté à l'abri dans sa tour d'ivoire. N'avez-vous pas été élevés dans le *normativisme*, le positivisme juridique « doctrine officielle » selon M. Rivero ? la stricte obéissance aux lois - parce qu'elles procèdent de l'autorité, de la prétendue volonté générale du peuple souverain, du mythique contrat social ? Nous les observons, disait Kant, non parce qu'elles seraient utiles ou justes, mais parce qu'elles sont lois ; et un point c'est tout.

Cependant, reconnaît Rivero, ce positivisme légaliste n'est guère qu'une façade, un Dieu dont on parle, mais on n'y croit plus. Bien plutôt à l'âge où triomphe le positivisme scientifique, nous adaptions le droit au *fait* tel que la science des sociologues sait l'enregistrer ; au fait de la *jurisprudence*, aux arrêts du Conseil d'État ou de la Cour de Cassation. Et le législateur s'adapte au mouvement des faits sociaux tel que les révèlent les statistiques ou enquêtes d'opinion publique, aux *changements*, chers à Giscard et à Mitterrand. Mais, un article de MM. Atias et Linotte le faisait remarquer, ce processus serait à long terme la mort du droit. A quoi bon le droit s'il se borne à reconnaître et sanctionner le *fait* ? Marche vers l'entropie, extinction du droit, de sa *différence* avec le fait.

Non ! Plutôt le monde juridique se laisse conquérir par l'*utilitarisme* ambiant et le technisme, car on n'échappe pas aux philosophies, surtout si l'on croit pouvoir se dispenser d'étudier la philosophie. D'ailleurs là où existe encore de la philosophie du droit - c'est à l'étranger - cette philosophie là s'exprime, s'est exprimée en Allemagne : déjà chez Ihering, plus tard Heck, dans le mouvement de la jurisprudence dite des « intérêts ». Intensément en Amérique, dans l'école de jurisprudence dite sociologique (le juriste « ingénieur social ») ou les « réalisme ». En *Scandinavie*, dans le réalisme scandinave et notamment avec Lundstet ; le métier du juriste pour Lundstet sera de bâtir un arsenal de moyens techniques en vue du bien-être, du welfare... (en vérité, on ne sait trop de quoi).

Mais en France même ? Là il ne s'agit que d'une infiltration à moitié consciente. Mais considérez par exemple l'évolution du *Droit pénal* sous l'emprise des criminologues ou de l'École dite de défense sociale. Nous avons affaire à des techniciens, armés de science positive, de criminologie, de pénologie (la technique est la sœur jumelle de la science positive moderne), poursuivant un *but*, d'ailleurs court, très peu réfléchi : la « Défense sociale », la lutte contre la « déviance », réintégration des déviants dans le conformisme « social ».

Le plus remarquable est qu'ils arrivent, en poussant à fond l'utilitarisme, à recommander des moyens de Défense sociale très éloignés de ceux que prévoyaient Bentham ou Austin lesquels demeuraient habités par le préjugé légaliste. Bentham et Austin, par routine, professaient encore que le moyen d'action du juriste devait être la loi. Nous avons dépassé ce stade. La science invente des moyens de « défense sociale » plus efficaces, économiques, mieux adaptés à nos « problèmes » que l'application des lois générales : de bons traitements psychologiques (la livraison du criminel aux éducateurs, asiles psychiatriques - l'Orange mécanique) - une exécution élastique des peines, une politique préventive du logement - de la santé ou de l'éducation, une « *politique criminelle* » préférée au *droit*.

Faute de temps, je laisserai à chacun de vous le soin de réfléchir si dans d'autres secteurs du droit tel le droit dit économique, le droit de la construction, ou des contrats commerciaux, ou le droit universitaire etc..., le même travail souterrain de sape ne s'accomplit, qui mine le règne de la loi, sans l'attaquer de front, mais change sa *forme*. On voit surgir de nou-

velles figures : lois-cadres, lois d'orientation, volontairement vides, et que préciseront des règlements, circulaires, mesures *administratives* ; ouvrant la place aux techniciens, technocrates, « Ingénieurs sociaux, agents de l'utilitarisme. - L'utilitarisme est en voie d'investir, de pénétrer le droit.

Ce n'est pas la seule philosophie dont s'y discerne l'influence. A force d'avoir délaissé la philosophie, nos juristes vivent actuellement dans la confusion de pensée, leur science sujette à un mélange inextricable de philosophies disparates et contradictoires. Peut-être est-ce la plus influente - si toutefois elle mérite ce nom de philosophie.

## II - CRITIQUE

S'agissant d'abord de la dénonciation des méfaits de la philosophie *générale*, cet utilitarisme qui semble dominer l'Occident moderne, elle est déjà faite : vigoureusement par J. Ellul, et l'écologisme... L'actualité nous donne, à tous, lieu de réfléchir à l'absurdité de ce formidable accroissement de la « *Technique* », qui nous sert à quoi, en définitive ? Cette merveille, le Concorde, orgueil de l'industrie française, chef d'œuvre de mécanique thermodynamique, et qui sert à grever le budget, - Non, répondent nos ingénieurs, la fabrication du Concorde fut utile, elle a contribué au développement des capacités de l'industrie française, et permis la fabrication d'avions militaires, que nous vendîmes ensuite à M. Kadhafi ; grosssi notre puissance technique. Seulement, au total, qu'en sort-il ? Est-il sûr que l'on vive mieux dans l'affreuse banlieue parisienne, avec le confort, le chauffage central, la télévision, le téléphone et l'automobile, que dans les campagnes du XVIII<sup>e</sup> siècle ? Ellul répond : Non. A considérer *globalement* l'état de choses actuel, difficile de lui donner tort.

Nous payons l'erreur de l'utilitarisme. L'Occident moderne s'est livré à la recherche des *moyens* et de l'effcience, en escamotant, en bâclant la question des fins, du *Wozù*, de *cela* à quoi les moyens pourraient être utiles.

A titre de *fins*, que proposent les technocrates qui nous gouvernent ? Ils nous endorment avec des mots, parlent d'extension, de développement de la production, production pourquoi, et de quoi ? Et quand ils jouent aux philosophes, ils viennent nous prêcher le changement, le « progrès ». Le progrès pourquoi ? Ou le *welfare* américain, le service de l'*homme* » - notions confuses et suspectes : elles peuvent déguiser le service de la classe dominante, ou d'autres intérêts très particuliers...

Bentham disait : maximation des *plaisirs* des individus. A moins de les réduire grossièrement aux jouissances sensuelles, qu'il croyait être quantifiables et scientifiquement mesurables, la formule de Bentham est creuse. La satisfaction des désirs que les hommes éprouvent en fait ? Mais si la morale sert à quelque chose, ne serait-ce pas à nous montrer *en quoi* consistent ces plaisirs qu'il conviendrait de désirer ?

L'utilitarisme ne mérite pas l'étiquette de philosophie. Il n'est qu'un tronçon de philosophie ; comme un tronçon de corps, séparé du cœur, qui n'a plus de vie. Je croirais que la philosophie est un effort de saisie du *tout*,

de la structure de l'être - philosophie de l'être. Ce n'est plus de la philosophie de se spécialiser dans le calcul seulement des moyens, abstraction faite de l'étude des fins qui seule donne son sens à l'utilité. Avant de prétendre transformer le monde il faudrait comprendre dans quel sens.

Discerner des fins ; les fins ne sont pas les *désirs* qu'en fait ressentent tels ou tels hommes. Et les fins ne sont pas les *buts* qu'ils se fixent en fait. Les fins sont au-dessus de nous-mêmes. Ce sont des *biens* qui ressortissent de l'étude totale de l'être ; des biens en *soi*. Nous avons délaissé ce thème, thème favori des philosophes de l'Antiquité : *De Finibus* - des « fins ultimes », distinguées (selon Aristote) des biens *relatifs* (tel l'argent, qui n'est qu'un moyen d'en acquérir d'autres).

Epicure lui-même recherchait une fin à nos activités. Il disait que c'était l'obtention de la vie tranquille, insoucieuse du sage, loin des ennuis que donnent les honneurs et toute espèce de fonction administrative. C'était une réponse discutable. Mais Epicure posait encore le problème des fins. Epicure n'était aucunement utilitariste.

J'ai peur que nous n'ayons, en philosophie, régressé depuis Epicure. Ce n'est pas parce que nos techniques et nos sciences positives modernes ont prodigieusement progressé que progresse la philosophie. Le contraire est plus vraisemblable ; et que, de même qu'à l'éruption des hauteurs des Alpes correspondit l'effondrement des profondeurs méditerranéennes, la formidable éruption des techniques modernes s'accompagne d'une amputation de la philosophie. Ce jugement ne m'est pas personnel, il est celui de *Heidegger* et de quelques autres grands penseurs du XX<sup>e</sup> siècle...

\*  
\* \*

Mais nous laissons à Heidegger ou à J. Ellul ces vastes considérations. Notre propos porte sur le droit, la forme d'utilitarisme qui est en train d'envahir le droit : à quoi servons-nous, nous autres juristes (si nous servons à quelque chose) ? Je ne vais pas nier bien sûr que le droit doive être *utile*. Mais autre chose est d'être utile et de professer des doctrines utilitaristes.

Déficiente est la réflexion des juristes sur les fins du droit, depuis qu'ils ont excommunié la philosophie. N'exagérons rien. On vous offre à lire. On vous a tous entretenus d'une philosophie des « valeurs » du droit - ainsi parle le langage moderne - qui s'est exprimé même en France au XX<sup>e</sup> siècle, par exemple chez Paul Roubier. A la vérité je la crois surtout empruntée - ce n'est pas un reproche - au philosophe allemand Radbruch. La théorie de Roubier est très *éclectique*. Les valeurs ou fins du droit seraient :

1 - la *sécurité*, qui fut la hantise de Hobbes et du libéralisme anglais. C'était surtout pour assurer la sécurité des propriétaires, que s'est édifié le positivisme juridique...

2 - le *progrès* de l'humanité, thème du siècle des Lumières, et de Comte et de Marx - le développement - « l'œuvre »...

3 - la *justice*, confondue avec le rêve d'*égalité* cher à l'idéalisme moderne.



Ou de *liberté*. Ou les « droits de l'homme », il y en a beaucoup. On pourrait s'en servir en somme à l'appui de n'importe quelle cause, n'importe quel parti...

Je reprocherais à cette doctrine contemporaine des fins du droit d'être beaucoup trop vaste - et trop vague. Car enfin il faudrait savoir si nous servons la sûreté des propriétaires, *ou* l'égalité, *ou* le développement, buts contradictoires. Et encore : de nous précipiter précisément dans l'engrenage *utilitariste*. Car elle fait du droit l'instrument de buts qui lui sont extrinsèques, n'ont rien de spécifique au droit. La *sécurité*, c'est l'affaire plutôt de la Police, du ministère de l'Intérieur ; le *développement* de l'économie politique ; la marche vers une société de plus en plus *égalitaire*, de la politique M. Mitterrand et de M. Marchais. Dont les lois ne seraient que l'instrument, une technique utilitaire. Instrumentalisme...

Il a existé une philosophie des fins spécifiques du droit (je ne dis pas de la *législation* - la législation a des buts plus amples. Elle est un moyen de la politique. Et il y a des lois morales). Il a existé ? Je m'exprime inexactement. Il me semble qu'en philosophie le temps ne fait rien à l'affaire. Elle existe encore.

Peut-être certains ont-ils lu le numéro 9 de la revue *Commentaires* (1980). Ils y trouveraient un article d'Alexandre Kojève : *la spécificité et l'autonomie du droit* ; avec ces sous-titres : De l'erreur de la *réduction utilitariste* - le juridique est irréductible au politique - le droit n'est pas *réductible* à l'économie. Voici à peu près ce qu'écrit A. Kojève, phénoménologue. Il cherche en quoi consiste le droit :

Le phénomène du droit surgit, commence à exister du droit, lorsque au lieu de régler leurs disputes par la force brutale (ainsi que font les animaux qui luttent pour leur territoire), des plaideurs acceptent de s'en remettre à un « *tiers désintéressé* » du soin de trouver à leur litige une solution pacifique. Le phénomène du droit commence avec l'apparition d'un juge, et le juge - puis le législateur quand il intervient pour guider le juge - est un tiers « *désintéressé* », c'est-à-dire *neutre* dans l'affaire ; qui personnellement n'y a pas d'*intérêt* ; il faut qu'il ne soit attaché personnellement dans l'affaire à aucun de ces *intérêts* que poursuivent les diverses parties. Alors seulement il est en mesure de tenir son rôle de juriste : déterminer le meilleur partage entre les intérêts des plaideurs.

Cette description vaut à coup sûr pour le droit civil qui a été historiquement le modèle du droit, invention romaine. Mais revenons au *droit pénal* : L'erreur de certaines écoles de criminologie, ou de sociologues tel Durkheim, fut d'envisager la justice pénale d'un point de vue unilatéral, celui du bon ordre de la « société ». Le juge pénal serait un médecin luttant contre cette maladie du corps social qu'on nomme criminalité. D'autres criminologues n'ont pensé qu'à l'intérêt de l'inculpé.

Non ! le juge pénal est un *arbitre* entre une multitude d'intérêts : l'intérêt possible des victimes à être vengées, celui des victimes éventuelles (il

faut prévenir les agressions qu'elles pourraient subir dans le futur). Il y a le maintien d'un certain ordre ; mais doivent entrer tout autant en ligne de compte les intérêts de l'inculpé et de sa famille et une multitude d'autres facteurs : peut-être est-il un intérêt à ce que les fautes soient « rétribuées » quand même cela semble ne servir à rien (comme dans le procès de Nuremberg), mais pour le rétablissement d'une sorte d'équilibre cosmique... (1).

Au-dessus de ces buts hétéroclites propres aux parties en litige, le juge est un *tiers désintéressé*. Tel est le rôle spécifique du droit : non de défendre l'ordre public - ne confondons pas la justice avec la Police ni le Ministère de l'Intérieur - ni d'être l'agent d'exécution d'une loi morale dictée par Dieu ou par la Raison, comme on l'a quelquefois conçu - pas de poursuivre le progrès de l'histoire, qui relèverait du politique ; et certainement pas de maximiser la somme des plaisirs, comme disait Bentham. Laissons cette espèce de but aux économistes. Les juristes ont une autre fonction, qui échappe entièrement à Bentham : déterminer le rapport le plus acceptable - *entre* cette multitude de buts ; eux-mêmes étant dans l'affaire *désintéressés*.

Voilà ce qu'analyse Kojève. Maintenant, ajoutons qu'Alexandre Kojève, phénoménologue, ou qui a introduit en France la phénoménologie de Hegel, ne fait ici que reproduire cela même qu'avait exposé avec une clarté extraordinaire, il y a vingt trois siècles, Aristote - dans le livre V de son Ethique à Nicomaque - et redécouvert Saint-Thomas-d'Aquin dans son *De jure* : que la fin du droit c'est *le juste*. Cette valeur du juste que les *modernes* ont *défigurée*, ou bien niée en la *réduisant*, comme Hume au service de l'intérêt particulier de quelques individus, Marx d'intérêts « de classe ». Le rôle du juriste est de déterminer la juste proportion des biens extérieurs partagés, et disputés entre les personnes dans un groupe social.

Ainsi se définit le droit, parce que le droit est *art*, une activité qui se caractérise par l'espèce de fin qu'elle poursuit. Et que le réel ne se compose pas uniquement de faits. Nos activités ont des *fins*, des *biens* à poursuivre.

Tout le monde n'en sera pas convaincu. Il est vrai que j'arrive aux bords d'un immense sujet, celui de la définition du droit, et qui pourrait être la bouteille à l'encre. Il nous renvoie même à de plus vastes problèmes : si dans l'être on discerne des finalités. L'écueil de la philosophie est qu'à tout

---

(1) Ce nous semble être une fausse notion de l'office du juge pénal (bien courante à travers l'histoire) de le traiter en fonctionnaire de la société, qui « réprime », punit pour sauver son ordre. Le juge n'est pas exclusivement l'agent de la vengeance des particuliers, ni de la vindicte publique. Pas plus qu'il n'opère lui-même des échanges (comme implique l'expression française de « justice commutative ») ni n'opère lui-même les distributions, le juge ne « punit » pas. Il mesure les peines.

A ce propos, Mme Poncelet touchait au mystère de la justice dite « rétributive ». Un des motifs que le juge pénal met dans sa balance est celui de la « rétribution » : l'opinion commune trouve inadmissible qu'une peine frappe un innocent, ou qu'une certaine proportion ne soit instituée entre le taux de la peine et la gravité de la faute. Et la faute morale passe encore pour constituer un des éléments du délit. Donc le positivisme a tort de s'en tenir à la prévention, au *ne peccatur*.

Nous ne croyons pas que le droit pénal puisse éliminer le thème de la rétribution, saut à le compenser en tenant compte d'une multitude d'autres facteurs. Mais cette conception est obscure, est difficile à « fonder » rationnellement : il n'est pas sûr que Kant ni Hegel y ait réussi ; il nous semblait que les grecs élucidaient la clé du mystère. Le Centre de philosophie du droit a l'intention de réunir très prochainement la-dessus un colloque.

propos, à partir de n'importe quel sujet, on revient au tout, on débouche sur l'inépuisable. Nous ne l'épuiserons pas ici. Cependant, une dernière remarque :

Si tel est l'office du droit : déterminer la proportion la plus juste entre les intérêts des plaideurs ou des citoyens, les techniques *utilitaristes* ne lui conviennent pas. Pas de rationalité téléologique à la Max Weber. La proportion juste n'est pas un *but*, déterminé, en fonction de quoi on puisse calculer un arsenal de moyens techniques. L'art juridique est à la quête d'une fin, non d'un but. En quoi le droit est naturel. Construire une route vers un but fixé par le cerveau de l'homme est le propre de l'*artificiel*. A l'encontre des américains utilitaristes (le doyen *Pound*), nous refusons de confondre le juriste avec un *ingénieur*, et le droit avec une espèce d'usine à produire l'ordre social (*social engineering*). Le juste est une fin mystérieuse, qu'il s'agit d'abord de *chercher*, par d'autres méthodes.

La méthode qui convient au droit est beaucoup plus celle décrite par Chaïm Perelman et d'autres, qui se sont inspirés d'ailleurs de la dialectique d'Aristote et de l'invention des juristes romains. On écouterait les arguments des parties adverses (« *Audiatur et altera pars* »), cherchant au-dessus de leurs prétentions contraires ce qu'Aristote nomme le juste milieu ; qu'énonce la sentence. Sur les sentences s'édifieront des *règles générales* de droit ; règles ou lois qu'il nous faut réhabiliter (sans leur reconnaître une valeur inconditionnelle) parce qu'elles défendent précisément le point de vue de la justice contre les entreprises utilitaristes, qui nous entraîneraient au service de buts, d'intérêts trop particuliers. Voilà la forme d'*utilité* spécifique de l'art juridique, que nous ferait perdre l'utilitarisme.

Ce pourrait être un des profits que nous procure la restauration de la philosophie du droit, de réintégrer une image stricte des finalités de l'art juridique, dont le présent succès des doctrines utilitaristes hâte la destruction.

---

## LA RESPONSABILITÉ DE LA DOCTRINE DANS LA CRÉATION DU DROIT

(Conférence du 2 février 1981)

par M. le Doyen Henri BATIFFOL

---

### Summary.

Juridical doctrine have to study, not to create law. Positivists, Kelsen and others positions.

---

Mes Chers Collègues, Mesdames, Mesdemoiselles, Messieurs, je remercie la Faculté de Droit d'Aix-en-Provence de m'avoir invité.

J'y ai de très anciens et très chers amis, comme vous venez de l'entendre par les paroles trop flatteuses mais si affectueuses de mon ami Bonassies.

Je suis également heureux qu'il existe dans cette faculté un groupe de philosophie du droit. Pour les esprits chagrins, l'utilitaire aujourd'hui seul compte, l'intérêt pour les idées serait le fait de gens perdus dans des nuées qui ne comptent pas. Ici, la philosophie du droit compte grâce à M. Atias qui a eu l'idée très sympathique, dont je le remercie vivement, de m'inviter. Il m'a proposé comme titre : « les responsabilités de la doctrine dans l'élaboration du droit ». J'ai été séduit par ce titre parce qu'il paraît impliquer que la doctrine n'est pas, comme on l'a soutenu et comme on l'a beaucoup débattu, une source de droit au sens usuel et difficile à préciser du terme, en tout cas comme la loi ou la jurisprudence. Mais que la doctrine ait un rôle à jouer, j'y crois. Et, ce rôle naturellement emporte des responsabilités. Cela me dispensera d'entrer dans une discussion qui est trop classique sur la doctrine source du droit mais bien entendu, j'évoquerai le sujet car il est très voisin de celui dont j'ai à vous parler. Source et rôle ne sont pas loin l'un de l'autre, et c'est la raison pour laquelle ils sont très liés à la conception générale du droit que l'on adopte ou que la doctrine adopte.

Dans la variété des conceptions générales du droit, il en est une qui donne à la doctrine, ou dans laquelle la doctrine se donne très précisément, le rôle premier et pour tout dire, essentiel. C'est celle qui voit le droit comme une construction rationnelle, déduite par voie de syllogismes, à partir d'un principe ou de quelques principes premiers, pratiquement le respect des contrats. Cette conception, vous le savez, a régné aux XVII<sup>e</sup> et XVIII<sup>e</sup> siècles, sous le nom d'École du droit de la Nature et des Gens. Elle a été fondée par Grotius qui était un internationaliste, car à l'époque, les relations entre États prenaient un tour qui appelait manifestement des règles nouvelles ; ceux d'entre vous qui sont un peu philosophes ont déjà aperçu l'influence de Descartes que Grotius n'a pas lu, puisque son principal ouvrage « *De Jure Belli ac Pacis* » (1625) précède le Discours de la

Méthode de plus de dix ans, mais Grotius a vécu dans une ambiance où la pensée digne de ce nom devait être déductive. Il y a des passages de la préface du « De Jure Belli ac Pacis » très caractéristiques. Cette conception donnait à la doctrine, un rôle premier puisqu'il s'agissait de concevoir le droit comme une succession de raisonnements. Elle a aujourd'hui beaucoup perdu de son audience, pour ne pas dire tout perdu. Qu'elle ait eu une influence sur les auteurs du droit international public aux XVII<sup>e</sup> et XVIII<sup>e</sup> siècles, ce n'est pas douteux. Certains mêmes, et M. A.-J. Arnaud, estiment qu'elle a aussi exercé une influence sur les juristes de droit interne en France ; en tout cas, cette influence a été certainement beaucoup plus réduite. Sa faillite date du début du XIX<sup>e</sup> siècle. Elle est explicable par des causes multiples mais la principale, à mon sens, est la suivante ; si vraiment il était possible de concevoir le droit comme un édifice bâti systématiquement à partir d'un principe premier, on devrait aboutir en restant fidèle à la méthode, à un droit universel et immuable qui vaudrait pour tous les pays et tous les temps. Or, l'expérience dément ce rêve, qui a d'ailleurs existé à toutes les époques. Au XIX<sup>e</sup> siècle, la pensée juridique s'est orientée vers le positivisme juridique, positivisme juridique qui a procédé, ici encore, d'une ambiance générale, d'une ambiance philosophique à laquelle Auguste Comte a donné son nom, bien que je crois pouvoir dire aujourd'hui que les juristes dont je vais vous parler, n'ont pas lu Auguste Comte ; mais sa pensée était dans l'atmosphère de l'époque.

Le positivisme philosophique professe qu'il n'y a de pensée valable que celle qui a pour objet des faits prenant place dans le temps et dans l'espace et leurs relations. Si on transpose cette formule au droit, on conclut que l'objet du droit est constitué par les actes de ceux qui posent les règles de droit. En effet, ces actes prennent place dans le temps et dans l'espace, on peut donc les étudier utilement et à l'exclusion de toute doctrine, notamment de droit naturel, qui est considérée comme métaphysique, c'est-à-dire, pour les positivistes, du domaine de la fantaisie et de l'imagination.

Cette manière de voir s'est traduite en France par une école bien connue dont je dois vous dire quelques mots pour vous faire comprendre comment a été conçu le rôle de la doctrine au siècle dernier. C'est l'École de l'Exégèse. Le mot exégèse est ordinairement appliqué à ceux qui expliquent l'Écriture Sainte. Au XIX<sup>e</sup> siècle s'est formée une école pour laquelle le rôle exclusif du juriste consiste à expliquer les textes de loi. Cette tendance procédait certainement des circonstances politiques de l'époque ; après les bouleversements de la révolution, la société aspirait au calme, à la sécurité. Après la disparition du roi, comme ciment de l'unité nationale, la loi devait reprendre sa place et était entourée d'un respect quasi religieux. Cette tendance participait aussi du positivisme, mais un positivisme, en quelque sorte latéral, et les juristes ont formé eux-mêmes leur méthode. Dans cette méthode, quel va être le rôle de la doctrine ?

Il sera naturellement très réduit. Il ne s'agit que d'expliquer les règles de droit, et cette explication devra être extrêmement modeste.

Un auteur, Bonnacase, a relevé chez Aubry et Rau un passage assez curieux pour les esprits d'aujourd'hui, dans lequel nous lisons que « la mis-

sion des professeurs appelés à dispenser au nom de l'État l'enseignement juridique est de protester avec mesure, sans doute, mais avec fermeté contre toute innovation qui tendrait à substituer une volonté étrangère à celle du législateur » (1).

Autrement dit, la doctrine dans cette optique a pour mission de rechercher cette volonté dans les documents préparatoires, par exemple, et elle doit se garder de prôner toute espèce d'interprétation qui serait contraire à cette volonté ainsi dégagée. Cette manière de voir donne donc à la doctrine pour mission de dénoncer les décisions, les interprétations qui seraient contraires à la volonté du législateur ; et si elle se mêlait, au contraire de la critiquer, elle trahirait sa mission qui est le respect de la loi. Cette École de l'Exégèse n'a pas empêché d'ailleurs des résurgences de l'ancienne méthode, car les esprits attachés à un rôle dominant de la doctrine n'ont pas démissionné de si tôt.

En 1885, à l'époque où l'exégèse commençait à décliner sous l'influence de l'évolution sociale et économique, parut un livre d'un auteur nommé Tancredè Rothe qui était intitulé : « Traités de droit naturel théorique et appliqué ». Ce titre à lui seul excite l'intérêt et j'en ai retenu deux choses que je vous livre. L'une, c'est que pour l'auteur le droit naturel commande de considérer comme régime matrimonial légal le régime dotal ; or, je sais que je suis en Provence, mais je crois pouvoir avancer sous le contrôle de M. Kayser, qui est maître en ces choses, qu'à l'époque le régime dotal même dans les anciens pays de droit écrit, avait déjà commencé son déclin. Une autre assertion de l'ouvrage est que, en droit naturel, les créanciers d'un insolvable seront payés suivant l'ordre chronologique de leurs créances. On peut alléguer à cet égard des arguments ; nos privilèges en tiennent compte et les méchants diront que dans les circonstances actuelles les privilèges absorbent tout. Mais, ce qui me frappe, c'est que cet auteur n'a aucunement cure de ce que depuis deux mille ans et plus, c'est la solution contraire qui est adoptée par principe : la répartition de l'insolvabilité entre les créanciers, la distribution par contribution, ce fait massif n'existe pas ; sa signification ou sa valeur ne sont pas considérés ; pour l'auteur, ses idées sont le droit.

C'est là une singulière conception de la doctrine, et je la qualifierais d'irresponsable, au sens usuellement reçu chez les Anglo-Saxons : l'irresponsable est celui qui n'a pas conscience des conséquences de ses paroles ou de ses actes. Mais la tendance s'est encore manifestée à une époque plus récente. A la fin du siècle dernier, un auteur, bien connu en droit international privé, a soutenu avec d'autres que cette branche du droit ayant un objet international, devait être, doit être, (le droit est un « devoir-être »), un droit formellement international, c'est-à-dire, posé par des traités ou par des sources internationales, mais s'imposant aux États. Il y a bien dans les différents États des législations et surtout des jurisprudences très développées, anciennes et divergentes les unes des autres : cela c'est du fait, ce

(1) Bonnecase, l'École de l'Exégèse en droit civil, 2<sup>e</sup> édition, 1924, p. 134.

n'est pas du droit. Malheureusement, quand un fait a une importance pareille, je crois assez singulier de le traiter comme juridiquement inexistant. C'est assurément un des grands problèmes de la philosophie du droit que de démêler comment l'idée du droit qui est celle d'un « devoir-être » s'incarne en des règles de caractères divers, qui sont des faits. Une loi est un fait à un certain point de vue ; une jurisprudence en est un aussi, à un certain point de vue ; seulement ce n'est pas résoudre le problème que le nier, ou pire encore, l'ignorer, et soutenir hautement que le droit international privé est un droit super-étatique, alors qu'en fait dans tous les pays du monde les juges appliquent leurs règles de conflits nationales.

Entre les deux guerres, il a encore été soutenu par certains que le droit international privé est un droit super-étatique, et que les balbutiements des législateurs étatiques sont des essais malencontreux qui n'ont pas valeur de droit ; c'est ce que pensaient, au fond, aux XVII<sup>e</sup> et XVIII<sup>e</sup> siècles, les juristes attachés à l'École du droit de la Nature et des Gens. Ils n'ignoraient pas qu'il existait des lois positives, mais elles étaient fabriquées en tâtonnant d'après l'expérience, et pour eux, l'expérience était l'empirisme qu'ils dédaignaient.

Tout cela est aujourd'hui passé. Le droit ne peut ignorer l'expérience, même si elle ne suffit pas à tout.

La période exégétique a été curieusement accompagnée d'une évolution de même genre dans d'autres pays, et je vous citerai les pays de Common Law et l'Allemagne.

Dans les pays de Common Law, il a régné au XIX<sup>e</sup> siècle une doctrine qui a été curieusement ignorée en France pendant longtemps (Gény n'en parle pas) ; c'est celle de l'école, dite, « analytique » fondée par Austin, dont l'ouvrage est de 1832.

D'après Austin, le seul devoir du juriste est d'expliquer, d'analyser selon le nom qui a été donné à sa position, les règles de droit ; il doit se méfier de la manière la plus expresse de toute appréciation de valeur. Vous voyez que c'est très parallèle à l'exégèse. Sa formule est probablement la charte du positivisme juridique : « Savoir si une loi existe est une chose, est une recherche ; savoir ce que vaut cette loi d'après les standards », d'après les critères personnels au commentateur, est une autre chose « a different enquiry ». Le juriste doit se borner à la première ; la seconde est l'affaire des moralistes, des politiques, des sociologues et non pas des juristes.

Même orientation en Allemagne, ce qui revient à notre observation qu'il y a des idées qui sont « dans l'air », même si leurs auteurs ne se sont pas concertés.

En Allemagne, l'école qui est dominante au siècle dernier, c'est celle des « Pandectistes ». Ces pandectistes, qui au départ sont des romanistes (vous savez que le droit romain était au siècle dernier, encore, le droit en vigueur en Allemagne, jusqu'au Code Civil en 1900), au premier abord peuvent apparaître comme aussi des exégètes. Mais c'est sous un autre angle qu'ils y arrivent. Car d'après Windscheid, et c'est ce à quoi il tient, l'import-

tant est de considérer le droit positif comme un tout se suffisant à lui-même. On voit bien la même idée exprimée autrement ; nous ne devons pas aller au-delà du droit positif, nous ne devons pas nous mêler de politiques, de philosophie, de valeurs et de fondements. Il faut nous borner à l'étude du droit positif tel que nous le constatons. Dans cette étude le juriste aura pour mission d'élucider les termes, les notions dont le législateur use sans avoir toujours conscience de leur sens exact ; le résultat est le même que dans les écoles précédentes.

Cette évolution a abouti de nos jours à l'affirmation la plus notoire de ces idées dans la doctrine de Kelsen. Vous en avez souvent entendu parlé. Mais on peut tout de même dire brièvement des choses qui ne sont pas trop inexactes.

Kelsen a écrit avant la guerre de 1914, mais ses principales œuvres ont paru entre les deux guerres, et la principale est la « Théorie pure du droit » (1934, 2<sup>e</sup> éd. Trad. Eisenmann, 1962). Pure, de quoi ? Pure de tous les éléments politiques, sociaux, idéologiques, passionnels qui sont incontestablement insérés dans les règles de droit. Kelsen veut faire œuvre scientifique ; il veut trouver dans le droit ce qui est spécifique, ce qui caractérise le droit en lui-même, abstraction faite de toutes les impuretés qui s'introduisent dans l'action du législateur. Il part, à cet effet, de la distinction entre la création des normes et la science des normes.

La création des normes est affaire de ceux qui les posent, législateurs ou juges, dans la mesure où on admet que la jurisprudence est créatrice des normes, ce que je crois. C'est affaire de volonté. La science du droit, elle, étudie les normes et elle ne s'intéressera pas aux contenus de ces normes, parce que, ces contenus sont mêlés de toutes ces préoccupations que je viens d'énumérer, sociologiques et autres... Kelsen ne dit pas qu'elles sont étrangères à la science, mais il s'agirait d'une autre science et je pense bien qu'elles le sont tout de même dans son esprit, tellement il considère que ces décisions des créateurs de normes sont affaire de volonté. La science du droit est une activité de connaissance.

Alors, en quoi va consister la science du droit ?

Elle va consister à étudier les normes. La norme, c'est la décision prise par l'organe qui a reçu mission à cet effet en vertu d'une norme préexistante, d'où la hiérarchie des normes, la pyramide ; tout cela est bien connu. Mais quand le juriste, en tant qu'homme de science, a constaté cela, que lui reste-t-il à faire ? Kelsen prend l'exemple de la responsabilité civile et il se demande quel est le rôle de la doctrine en cette matière.

Sa réponse est que le juriste en tant qu'homme de science définira ce que l'on peut entendre par faute, par dommage, par causalité entre la faute et le dommage.

Maintenant, quant à savoir si la responsabilité d'un dommage causé implique une faute ou non, cela n'est pas l'affaire de la science du droit ; c'est l'affaire des créateurs de normes : ils suivront la politique juridique qui leur paraîtra opportune à l'époque où ils décident. La preuve, dit Kelsen,



c'est que, nous le voyons en droit comparé, les solutions varient d'un pays à l'autre ; dans notre propre pays, la solution a varié dans le temps. Pour Kelsen, ces changements prouvent que le contenu des normes a un caractère « arbitraire ». S'il veut entendre arbitraire, dans un sens modéré, impliquant une appréciation, peut-être, ... mais, si le terme arbitraire est pris comme dispensant de raison, alors, l'arbitraire est le contraire du droit, et j'ai toujours été stupéfait qu'un homme de cette taille ait écrit cette formule sans préciser plus sa pensée. Le juriste va donc, finalement, être l'homme des définitions. Et vous voyez que c'est bien le résultat auquel tendaient, sans le fonder de manière aussi formelle, les juristes que nous avons déjà considérés.

Il y a un texte de Bentham qui est très caractéristique à cet égard, d'après lequel le seul objet à caractère universel que peut avoir un ouvrage de droit, est de déterminer « the impact of words », la portée des mots. Il dit même : « Le droit comme science ne peut avoir comme objet qu'une terminologie ». Cela est singulièrement restreindre le rôle de la doctrine et ses responsabilités, au moins en apparence. Parce que les définitions peuvent quelquefois, certes, avoir un caractère que l'on appellera si l'on veut « scientifique », en tant qu'elles donnent des essences qui sont immuables mais nous ne savons que trop, en droit, combien les définitions des termes dépendent du contexte, et plus particulièrement de la règle dans laquelle figurent les termes considérés.

Définir le dommage !... Y a-t-il une définition universelle et essentielle du dommage ? Le dommage moral, répond-il à la définition du terme général ? On peut en douter beaucoup. Une longue tradition a refusé de réparer le dommage moral. Le Conseil d'État y est venu à une date relativement récente et il y a en cela des questions de politiques jurisprudentielles au sens le plus élevé, l'appréhension devant des évaluations impossibles, une espèce de répulsion devant le paiement d'une douleur en argent, que sais-je encore ?

La raison si précise qu'à inévitablement la réparation d'un dommage moral, et toutes ces choses font que l'on se demande s'il est vraiment possible en toute manière de donner des définitions qui ne tiennent pas compte du contenu de la règle dans laquelle le terme à définir entre. Alors, la doctrine reprend plus d'influence, mais elle est infidèle à la méthode de Kelsen, elle entre dans des considérations de politique juridique, de contenu des normes, des buts à atteindre... Et je me permettrais de dire, en passant, que si Kelsen a exercé une immense influence, s'il a eu sur les juristes, surtout publicistes, un ascendant extraordinaire, ses sectateurs ne sont pas tous restés fidèles à l'inspiration du maître, ont gardé beaucoup d'autres choses qui dérogent à l'inspiration initiale. En quoi ils se sont rapprochés d'une attitude toute différente, sinon même complètement opposée, l'attitude sociologique.

Gény avait invité la doctrine à la « libre recherche scientifique », expression dont le sens n'est pas très précis et que son second ouvrage n'a pas tellement éclairée. Mais beaucoup d'auteurs et importants se sont

demandés si la doctrine juridique ne devait pas demander à la sociologie des guides, des inspirations. Pour être bref, la doctrine sociologique, comme celle de Durkheim, dans sa pureté, considère que les faits sociaux sont à étudier comme des choses, selon la méthode scientifique qui a toujours exercé sa fascination sur les juristes ; le droit est un fait, et c'est le fait social qui livrerait les règles.

Si c'était vrai, le juriste ferait un travail de sociologue, et il ne ferait pas un travail de juriste ; il n'y aurait plus de doctrines juridiques, il n'y aurait plus qu'à lire dans les faits ce qu'ils donnent.

L'opinion est bien répandue aujourd'hui que les faits donnent des indications, des guides, mais ne livrent pas toutes les règles de droit ; et les sociologues contemporains, je pense notamment à des auteurs comme mon ami J. Carbonnier et F. Terré, sont bien d'accord qu'il reste un rôle au juriste. En général, les sociologues considèrent souvent que le rôle du juriste est de systématiser les solutions qui ont pris racines dans les indications données par la sociologie. Ce terme est gros de complications, et je crois que c'est lui qui nous permet d'essayer de voir quel peut être le rôle de la doctrine dans l'élaboration du droit.

L'expérience est faite d'une manière suffisamment claire que la doctrine n'a pas à construire de toutes pièces un droit entier. Il y a un droit positif, dont elle doit faire l'étude, parce que c'est un fait qui mérite d'être étudié. Il le mérite, car il est riche en enseignements, et il a besoin d'être étudié, d'être pensé pour remplir son rôle. En effet, les règles du droit positif ont un caractère général, parce qu'elles sont destinées à régler les rapports des hommes entre eux ; qu'elles s'adressent à tous les citoyens ou à des catégories déterminées, comme fonctionnaires, salariés, il s'agit toujours de termes généraux ; or, la règle de droit s'applique toujours à des cas concrets, à des cas singuliers. Et cette articulation du général au singulier est à mon sens, la raison d'être fondamentale de l'existence, d'une pensée juridique qui va au-delà d'une simple description.

Cette pensée juridique va avoir, en effet, à déterminer cette articulation à plusieurs points de vue.

Il faut savoir si tel cas concret entre dans le domaine de telle règle générale, qu'il s'agisse du contentieux, du débat devant un juge, ou du particulier qui se demande ce qu'il peut faire, doit faire ou ne pas faire, du conseil qui dit à son client dans quelle mesure il peut espérer que ceci ou cela serait jugé régulier en cas de contestation... Or, la réponse n'est pas toujours évidente, pour la raison très générale de la difficulté de former des concepts d'une précision suffisante par rapport à la variété des situations. Alors, la méthode consiste à démêler la raison d'être des règles qui permettent de définir leur domaine : les logiciens connaissent les liens entre extension et compréhension des concepts.

Un exemple, comme toujours, pour éclairer ces choses : l'enregistrement a un droit de préemption sur les ventes d'immeubles : quand une vente est déclarée pour un prix, qui paraît certainement inférieur à sa valeur

réelle, l'administration peut se porter acquéreur du bien pour le prix figurant dans l'acte. Il est arrivé que dans une espèce, où le prix était très raisonnable, le local vendu était contigu à celui du bureau de l'enregistrement local dont il était notoire qu'il était nécessaire de l'agrandir. La juridiction administrative a décidé que le droit de préemption a été institué pour permettre au fisc de lutter contre la fraude fiscale, non pour agrandir ses locaux.

Cet exemple montre que, dans cette voie, on entre sur le terrain des raisons. Il s'agit de trouver la raison d'être d'une règle. Or, ces raisons sont rarement expliquées par le législateur, les exposés des motifs sont brefs, destinés à guider la discussion parlementaire ; ce ne sont pas des dissertations.

D'autre part, il faut bien étudier les raisons d'être des règles pour déterminer leur extension les unes par rapport aux autres ; les règles de droit en effet sont nombreuses, elles peuvent présenter des doubles emplois, des lacunes (je sais que la notion de lacune est discutée, mais je crois tout de même qu'il y en a), et ceci d'autant plus qu'elles émanent d'autorités différentes, décidant à des époques différentes. C'est par la méthode de la raison d'être que l'on arrivera à en former un système, un ensemble, là encore, le mot système est à prononcer avec prudence, car, il n'est pas sûr que le droit forme vraiment un système, mais il forme, au moins, un ensemble de règles qui ne doivent pas être inconciliables les unes aux autres et pour cela, il faut qu'il soit pensé. La doctrine a donc un rôle à jouer. Jusqu'où ira-t-elle ?...

Je pense que la doctrine doit s'occuper des raisons d'être des règles et vous voyez que le droit positif en a besoin pour s'organiser.

Sur le terrain des raisons, on va donc pouvoir discuter, et arriver à des problèmes d'une grande généralité. Prenez le cas de la préemption. Il s'agit de savoir s'il est permis de parler d'abus des droits, de détournement de pouvoir, de fraude à la loi. Le problème sous-jacent est de savoir si les juges peuvent déterminer les intentions des parties, alors qu'une doctrine déclare qu'ils ne doivent juger que sur les faits extérieurement observables. Les intentions sont du domaine de la conscience. Ces discussions sur les raisons ne vont-elles pas aboutir à des matières qui échappent aux juristes ? Windscheid, déjà cité, disait : « Il n'appartient pas au juriste de déterminer les causes de divorce ou si la répudiation unilatérale est admissible ou si il n'y aura pas de divorce du tout ». C'est l'affaire du législateur, le juriste visiblement n'a aucune qualité pour cela. Qu'il parle des voies de recours dans la procédure civile, de l'effet de la publicité immobilière à l'égard des tiers, c'est du droit, c'est son affaire : il est dans le système, et il faut qu'il y reste. Si on admet que le juriste discute les raisons d'être des lois, ne va-t-il pas s'aventurer dans les problèmes de l'origine et des fins où il ne sera plus juriste, où il sera politicologue, sociologue, métaphysicien, moraliste.

Il faut naturellement que la doctrine procède avec prudence : ne pas faire dire aux arrêts et aussi aux lois, ce qu'ils n'ont pas dit. En voyant des implications, des solutions implicites qui sont possibles, mais non certaines, les auteurs ont souvent présenté leurs opinions personnelles comme le droit positif.



Il y a là une espèce de trahison, de mélange des genres. Kelsen n'avait pas entièrement tort. Nous devons considérer que le droit positif est une chose extérieure à l'observateur. Certes, dans les sciences physiques et naturelles modernes, l'extériorité de l'objet observé par rapport à l'observateur est particulièrement discutée. Et dans la mesure, ou en droit les commentateurs inspirent ceux qui décident, la distinction paraît s'estomper. Ce n'est pas une raison pour la nier. Si les auteurs voulant trouver les raisons d'être des lois et les implications qu'elles enveloppent, vont trop vite, trop loin, ils travaillent dans le vide. Ils sont donc responsables de ces erreurs ; et vis-à-vis des juges, ils apparaissent comme irresponsables, donc, diminuant l'autorité de la doctrine. Mais quand une solution n'est pas certaine, est discutée, le juriste doit, certainement, chercher si le droit positif l'implique ou non ; et, il pourra quelquefois conclure qu'il y a de bonnes raisons de penser qu'elle serait adoptée par la juridiction régulatrice.

Ceci étant dit, alors, il y a la critique. La doctrine est en droit de critiquer les solutions que le droit positif a mis en vigueur. Revendiquons avec M. Atias, la spécificité de son rôle. Il y a d'abord une critique qui est permise même à l'intérieur du droit positif. Elle a été exprimée par un praticien, un notaire, avec vigueur, E. S. de la Marnière, (« Éléments de méthodologie juridique », 1976). Il admet que le droit positif puisse être critiqué par le juriste sous l'angle de la clarté des formules, de leur cohérence, de leur précision, des risques de fraude qu'elles comportent, des risques de multiplication des litiges qu'elles engendrent souvent de la liberté excessive laissée au juge, qui rend la prévisibilité plus difficile. Tout cela est certain et en cela nous sommes encore dans le système.

Il n'y a pas de problèmes philosophiques flagrants. Mais, pouvons-nous aller au-delà ?, et pouvons-nous critiquer les solutions dans leur contenu parce que nous estimons que ce contenu répond à des fondements, tend vers des buts qui ne nous paraissent pas dignes d'être consacrés dans le premier cas et rechercher dans le second.

Je pense que le juriste a le droit de critiquer le droit positif sur le fond. Là encore, il sera prudent. Une jurisprudence constante, parfois séculaire, n'est pas un accident ; si la solution se répète c'est qu'elle a des raisons. Peut-être sont-elles mal expliquées. Peut-être le commentateur ne voit-il pas clairement sur quels faits reposent ces solutions. Il y a des principes qui résultent de l'expérience, et qu'il est de notre devoir de dégager quitte à les critiquer, proposer de les rectifier, de les aménager.

Si on arrive à des notions philosophiques de liberté, d'égalité, de justice, le juriste doit-il dire son mot ?

Incontestablement, il y est amené, mais il doit prendre conscience que ces notions débordent le droit. Elles le débordent par leur très grande généralité qui a un caractère « globalisant », caractéristique de la philosophie ; elles sont utilisées par des disciplines autres que le droit, en politique, en histoire, en psychologie, en sociologie. Alors, le juriste, bien entendu, sera tenté pour mieux comprendre ces notions juridiques fonda-

mentales de faire appel à des notions philosophiques qui le guideront. Mais il le fera avec prudence, car il y a certainement une chose exclue, c'est qu'on prétende incorporer une philosophie dans le droit positif. Ce serait une erreur à la fois pour la philosophie qui serait compromise par la tentative de la rendre obligatoire comme partie du droit positif et pour le droit positif qu'on lierait à une philosophie, domaine qui sera toujours celui de la liberté des opinions. Mais si nous ne pouvons prétendre incorporer une philosophie dans le droit positif, nous pouvons, étudiant ces notions fondamentales du droit, les problèmes de fondements et de fins, nous inspirer d'une philosophie ou de certaines philosophies dans lesquelles nous trouvons des réponses qui nous paraissent éclairantes pour le travail du juriste.

Ce faisant, je crois que nous aiderons les juristes à mieux prendre conscience des notions qu'ils utilisent, et pourrons montrer également que la philosophie peut contribuer utilement à l'intelligence du droit.

C'est là je crois la responsabilité la plus élevée de la doctrine juridique.

---

BATIFFOL

Fiche n° 9

FACULTÉ DE DROIT ET DE SCIENCE POLITIQUE D'AIX-MARSEILLE  
 CENTRE DE PHILOSOPHIE DU DROIT  
 Université de Droit, d'Économie et des Sciences d'Aix-Marseille

## NOTE DE LECTURE

**TITRE :** PROBLÈMES DE BASE DE PHILOSOPHIE DU DROIT. L.G.D.J. 1979

**AUTEUR :** H. BATIFFOL

École de pensée déclarée ou perceptible : classicisme - Influences thomiste et kantienne.

**THÈME PRINCIPAL :**

La démarche juridique : sa spécificité.

La dualité des voies téléologiques et analytiques.

L'unité de la notion de droit dominée par les fins.

Valeur du positivisme.

**APPORT BIBLIOGRAPHIQUE :**

V. l'index, particulièrement riche, des auteurs cités.

## MOTS-CLÉS

Absolu : p. 333.

Action : p. 209, 255, 348, 495.

Adhésion : p. 149, 189, 201.

Autorité : p. 12, 102, 108, 115, 124, 126, 214, 462.

Bien commun : p. 418.

Cohérence : p. 47, 58, 121, 132, 133, 135, 140, 233, 274.

Collectivisme : p. 377 et s.

Connaissance : p. 4, 13, 137, 502.

Dialectique : p. 25.

Directives : p. 133.

Doctrine : p. 23-24, 59, 93, 285.

Droit positif : p. 7, 11, 117.

Droit naturel : p. 137.

Effectivité : p. 113, 117.

Égalité : p. 152, 170, 231, 404.

État : p. 17.

Étatisme : p. 35.

Étrangers : p. 165, 172.

Évidence : p. 139, 190.

Évolution : p. 248, 269.

Exégèse : p. 20, 146.

- Expérience : p. 8, 159, 469.  
 Faits : p. 82, 85, 99, 154, 213, 236.  
 Fins : p. 198, 207, 289, 333, 469.  
 Historicisme : p. 66.  
 Homme : p. 159, 178.  
 Individualisme : p. 352, 141.  
 Inflation législative : p. 22, 212, 396.  
 Intérêts : p. 300 et s.  
 Interprétation : p. 22, 56, 236, 258, 291, 482.  
 Juge : p. 120 et s.  
 Justice : p. 401, 502.  
 Libéralisme : P. 358 et s.  
 Liberté : p. 32, 210, 219, 455.  
 Marxisme : P. 94, 225, 385, 451.  
 Morale : p. 15.  
 Nature : p. 148, 159, 178.  
 Normativisme : p. 49, 177, 403.  
 Norme : p. 178 et s., 495 et s.  
 Obligation : p. 186.  
 Opinion publique : p. 85.  
 Pluralisme : p. 315.  
 Politique : p. 42, 54, 349, 483, 487.  
 Positivismes : p. 26 et s.  
 Positivité : p. 16, 58, 81, 117, 136, 224.  
 Pouvoir : p. 12.  
 Prévisibilité : p. 131, 297, 394.  
 Principes : p. 254 et s.  
 Progrès : p. 453.  
 Raison : p. 141, 143, 340.  
 Raisonnement : p. 245, 282.  
 Ratio legis : p. 43, 285.  
 Réalisme (E.-U.) : p. 89.  
 Règle : p. 228, 267.  
 Respect de la loi : p. 15.  
 Sanction : p. 63, 144, 150, 216.  
 Sécurité : p. 394.  
 Sociologisme : p. 69.  
 Système : p. 477.  
 Théorie générale : p. 9.  
 Totalitarisme : p. 391, 430.  
 Utilité : p. 90, 481.  
 Valeurs : p. 320, 352, 495.  
 Vérification : p. 6.  
 Volonté : p. 13, 210.  
 Volontarisme : p. 26.

## PLAN

- p. 3 Introduction.
- p. 11 **Chap. 1 La positivité du droit.**
- p. 12 - Droit et pouvoir.
  - p. 26 - Volontarisme et positivisme.
  - p. 47 - Dissociation.
  - p. 66 - Droit et effectivité.
  - p. 112 - Droit et idées.
- p. 137 **Chap. 2 Idées et solutions.**
- p. 137 - Justification et fondement.
  - p. 202 - Fondement et organisation.
  - p. 228 - La généralité immanente à la règle.
- p. 289 **Chap. 3 Solutions et fins.**
- p. 289 - Objectifs et fins.
  - p. 352 - Les valeurs finales proposées.
  - p. 394 - Recherche d'une synthèse.
- p. 469 **Chap. 4 Systèmes et fins.**
- p. 469 - Incertitudes de la téléologie.
  - p. 477 - Le recours au système.
  - p. 481 - La dualité des voies.

HART

Fiche n° 10

FACULTÉ DE DROIT ET DE SCIENCE POLITIQUE D'AIX-MARSEILLE  
 CENTRE DE PHILOSOPHIE DU DROIT  
 Université de Droit, d'Économie et des Sciences d'Aix-Marseille

## NOTE DE LECTURE

**TITRE :** LE CONCEPT DE DROIT. 1976, Publicat. des Facultés St-Louis, Bruxelles.

**AUTEUR :** H.L.A. HART

trad. V. de Kerchove et autres.

École de pensée déclarée ou perceptible : positivisme analytique  
 -influence sociologique et phénoménologique.

**THÈME PRINCIPAL :**

Critique des thèses de AUSTIN.

Distinction des règles d'habilitation (secondaires) et de commandement (primaires).

Importance de l'aspect interne des règles.

## MOTS-CLÉS

Adhésion : p. 80, 85, 146, 204-205, 211, 240, 242, 273.

Autorité : p. 36, 54, 80, 83, 86, 141, 162, 241.

Bien-être : p. 201.

Cas-type : p. 16, 159.

Commonwealth : p. 149.

Comportement : p. 22, 25, 77, 82, 276.

Constitution : p. 100, 152.

Contrôle social : p. 57, 116, 237.

Coutume : p. 64.

Définition : p. 27.

Démocratie : p. 221.

Droit international : p. 16, 148, 151, 190, 235, 238, 253.

- naturel : p. 190, 218, 223, 232.

- positif (déf.) : p. 41, 63, 105-106, 253, 257.

- primitif : p. 16

Effectivité : p. 39, 180.

Efficacité : p. 130.

Fins : p. 160, 166, 255.

Formalisme : p. 161.

Habilitation : p. 47, 53, 60, 105.

Impératif : p. 33.



- Interprétation : p. 26, 61, 158, 244.  
 Justice : p. 192.  
 Justification : p. 108.  
 Juges : p. 47, 66, 88, 92, 122, 164, 168, 178, 182.  
 Kelsen : p. 14, 33, 54, 133, 248, 275.  
 Législateur : p. 71, 80, 89, 97, 100, 182.  
 Modèle : p. 50, 57-58, 78, 85, 110, 116, 124, 144, 155, 170, 181, 213, 241.  
 Morale : p. 20, 111, 190, 203, 212, 223, 239, 243, 268.  
 Nullité : p. 51.  
 Obéissance : p. 39, 72, 80, 100.  
 Obligatoire : p. 19, 106, 256, 273, 276.  
 Pouvoirs : p. 45, 51, 60, 105.  
 Précédent : p. 155.  
 Pression sociale : p. 111, 116, 120, 216, 260, 273.  
 Promesse : p. 62, 122, 266.  
 Règle : p. 21, 24, 43, 105, 169.
- Règle :  
 - de changement : p. 121.  
 - de décision : p. 122.  
 - domaine : p. 61.  
 - écrite : p. 120.  
 - fonction : p. 57, 106.  
 - généralité : p. 37, 57, 247.  
 - permanence : 38, 84.  
 - primaire : p. 105, 116, 268.  
 - de reconnaissance : p. 120, 181, 277.  
 - secondaire : p. 105, 119, 242.  
 - ultime : p. 133.  
 Réalisme : p. 88, 132.  
 Réglementation : p. 163.  
 Résistance à la loi : p. 247, 251.  
 Sanction : p. 15, 23, 44, 51, 54, 237.  
 Souveraineté : p. 71, 95, 183, 261.  
 Standard : p. 164, 215.  
 Système jurid. : p. 41, 121, 140, 253, 279.  
 Validité : p. 121, 127, 145, 239.

## PLAN

- I. - Questions persistantes.
  - p. 33 - II. - Règles de droit, commandements et ordres.
  - p. 43 - III. - La diversité des règles de droit.
  - p. 71 - IV. - Souverain et sujet.
  - p. 103 - V. - Le droit conçu comme l'union de règles primaires et secondaires.
  - p. 127 - VI. - Les fondements d'un système juridique.
  - p. 155 - VII. - Formalisme et scepticisme relatif à la nature des règles.
  - p. 189 - VIII. - Justice et morale.
  - p. 223 - IX. - Droit et morale.
  - p. 253 - X. - Droit international.
-

**Premières réflexions sur  
LA DOCTRINE FRANÇAISE DE DROIT PRIVÉ (1)  
(1900-1930)**

par Christian ATIAS

---

**Summary.**

Between 1900 and 1930, in France, Law Professors works show two typical features : a greater diversity than during the previous century, but a lesser authority than during the previous century.

---

Un livre révèle, à lui seul, le passage du XIX<sup>e</sup> au XX<sup>e</sup> siècle dans la doctrine française. Un mot la traduit.

Au XIX<sup>e</sup> siècle, le grand ouvrage d'Aubry et Rau, professeurs et conseillers à la Cour de Cassation, s'appelle : *cours* de droit civil français. Il est l'instrument normal, habituel, de travail pour les avocats, les avoués, les magistrats, les notaires. La dernière édition de cette œuvre grandiose, parue au XX<sup>e</sup> siècle, l'assimile à un traité ; son titre est devenu : droit civil français. De plus l'ouvrage est assorti d'un supplément permanent destiné à recevoir des mises à jour régulières. Ce livre semble donc s'ouvrir sur la pratique et refuser de se cantonner à l'Université. Or il est certain que les avocats, les notaires d'aujourd'hui ne règlent pas leurs difficultés quotidiennes par la consultation du traité d'Aubry et Rau.

Autrement dit, devant la prolifération des textes, leur diversification et leur pointillisme, la doctrine semble se refermer sur soi ; d'ailleurs du XIX<sup>e</sup> au XX<sup>e</sup> siècle les traités laissent la place aux manuels. Et les ouvrages d'enseignement - parce qu'ils doivent présenter les premiers éléments du droit et parce que ses applications de détails ne peuvent plus en être logiquement déduites - ne peuvent avoir l'ambition d'être des ouvrages pratiques. D'un mot, la doctrine se *scolarise*. Tel est le point auquel elle semble parvenue dans les années 1970 ! Comment en est-elle arrivée là ?

\*  
\* \*

Si un autre mot peut décrire la littérature juridique du premier tiers du XX<sup>e</sup> siècle, c'est, semble-t-il, sa variété. Sous le masque des maîtres prestigieux, commencent d'apparaître des hommes, avec leurs caractères, leurs penchants, leur grandeur et leurs faiblesses. Certes, le recul est insuffisant pour que soient estompés les détails et les particularités. Pourtant, le pari peut déjà être pris : la liberté de la doctrine, en la forme et au fond, demeu-

---

(1) Sur ce thème, il faut lire R. SAVATIER, *Inchieste di Diritto comparato* - 6, p. 315 à 358. - G. CORNU, aperçu de la pensée juridique contemporaine, *Annales Université Poitiers*, 1960, p. 15.

ra la caractéristique de l'époque. Le XIX<sup>e</sup> siècle avait eu l'école classique qui avait fixé des genres et des thèmes. Le XX<sup>e</sup> siècle s'en évade : dans la diversité des talents et des centres d'intérêts, aucune règle n'est plus de mise ; et les individualités se manifestent.

#### A - LA DIVERSITÉ DES GENRES

Jamais, au XIX<sup>e</sup> siècle, les qualités d'écrivains des juristes n'avaient pu s'épanouir aussi librement que dans la période 1900-1930. Jamais la science du droit n'avait eu autant de modes d'expression qu'en ce début de siècle. Jamais les auteurs n'avaient eu autant de moyens de laisser un nom. C'est dire que la bigarrure des tempéraments, la singularité des styles purent aisément s'exprimer.

La période précédente avait connu des genres qui demandaient, non seulement réflexion approfondie et cohérence, mais aussi ténacité des auteurs,... et des lecteurs : c'était les traités, les monographies et les grands cours.

A côté de ces formes littéraires qui lui avaient été léguées, le XX<sup>e</sup> siècle en découvrit bien d'autres moins ambitieuses ; et parallèlement le style des auteurs devint plus spontané, moins apprêté, plus naturel et parfois incisif, au gré du caractère de chacun. Les docteurs eurent également tendance à ne plus s'adresser qu'à leurs pairs et à leurs disciples : une littérature plus proprement universitaire se développa.

Comment expliquer cette augmentation de la production littéraire destinée aux étudiants ? Peut-être, la séparation de l'École et du Palais (de la pratique plus généralement) s'était-elle accentuée. Le dogmatisme de certains avait pu restreindre l'audience des professeurs parmi les avocats, magistrats et notaires. L'exercice d'une double activité professionnelle, universitaire et judiciaire, devint moins fréquente malgré le cas d'Ambroise Colin et de quelques autres. Une autre explication de l'évolution signalée serait plus simple ; il devenait peut-être plus difficile de renvoyer des étudiants, déjà plus nombreux et moins accoutumés à la recherche personnelle, aux seuls grands ouvrages comportant de nombreux tomes. L'amélioration des possibilités d'impression, avec l'absentéisme corrélatif des étudiants dans les amphithéâtres, eut également son importance.

Quoiqu'il en soit, les juristes universitaires produisirent, après 1900, des œuvres à l'usage de leurs collègues ou de leurs étudiants ; de nouvelles façons d'étudier le droit se firent jour. Ceux que l'ampleur d'un ouvrage effrayaient purent publier des articles dans de nouvelles revues spécialisées. Ces revues n'étaient pas seulement nouvelles par leurs titres ; elles étaient surtout plus systématiquement utilisées comme moyen d'expression de la doctrine et non plus comme moyen d'information de la pratique. Adhémar Esmein fonda, en 1902, la revue trimestrielle de droit civil (2) qu'il

---

(2) Très révélatrice du caractère universitaire de certaines de ces revues est l'une des ambitions que se donna à l'origine la revue trimestrielle de droit civil ; son comité de rédaction projetait, en effet, d'informer ses lecteurs des thèses de doctorat soutenues et publiées.

inaugura par une étude consacrée aux rapports de la jurisprudence et de la doctrine. De même, la revue de droit international privé apparut en 1905. Le marquis, puis comte de Vareilles-Sommières qui écrivit quelques ouvrages importants (la synthèse du droit international privé), put également marquer son temps avec quelques études de droit civil parues dans la revue trimestrielle de droit civil : son analyse de la notion de propriété (1905), par exemple, n'a nullement vieilli. Ceux qui voulaient seulement manifester leur accord ou leur réprobation, leurs espoirs ou leurs craintes devant telles solutions jurisprudentielles ou telles réformes législatives ponctuelles virent les périodiques ouvrir leurs colonnes à de brèves études de doctrine. Les chroniques apparurent au Dalloz en 1926. Henri Capitant inaugura le genre en donnant son sentiment personnel sur l'une des conséquences juridiques de la dévalorisation monétaire. Il va de soi, que de tels travaux étaient écrits dans un style plus simple, plus spontané, plus polémique aussi souvent, que les grands traités du XIX<sup>e</sup> siècle. Ces nouveaux genres littéraires permirent à des auteurs comme Frédéric Hubert, élève de Surville et de Saleilles, Henri Rousseau, disciple du commercialiste Thaller, et tous deux doyens de la Faculté de droit de Poitiers (le second fut rédacteur en chef du recueil Sirey), de laisser une signature imposante sans avoir composé de traités, ni publié leurs cours : certaines notes du doyen Hubert sur les clauses d'échelles mobiles dans les baux ruraux par exemple furent des études définitives qui fixèrent la jurisprudence. La doctrine dans ces études plus brèves se présentait de manière moins solennelle et peut-être moins péremptoire. Les auteurs de cette époque ne croyaient plus pouvoir révéler un droit éternel. Pris entre le vieillissement de la législation et l'éparpillement de la jurisprudence, ils recherchaient vainement un droit positif qu'ils pussent s'interdire de juger. Plus gravement encore, ils ne savaient plus sur quoi fonder leur autorité. Si fermes et si justifiés fussent-ils, leurs arrêts leur semblaient des coups d'épée dans l'eau, dans l'eau d'un droit que d'autres, législateurs et juges, faisaient inexorablement couler vers on ne savait quelle mer, paradisiaque ou infernale.

A la même époque, se multiplièrent d'autres œuvres strictement universitaires qui offrirent à un plus grand nombre d'enseignants, la possibilité de transmettre leur savoir et leur réflexion : les manuels, précis, traités élémentaires furent mis à la disposition des étudiants à partir de la fin du XIX<sup>e</sup> siècle (voir par exemple celui de Baudry-Lacantinerie). Les petits précis Dalloz apparurent dans les années 1920 : ces livres élémentaires couvraient toutes les matières enseignées dans les trois années de la licence en droit ; ils apparaissaient comme plus sommaires que les ouvrages connus jusque là, comme plus nombreux aussi. Chaque professeur, au moins chacun des plus grands, avait le sien. Léon Julliot de la Morandière reprit ainsi, sous une forme abrégée, le cours élémentaire de droit civil français d'Ambroise Colin et Henri Capitant. Deux spécialistes de droit international privé dont les doctrines ne tardèrent pas à diverger, Pillet et Niboyet, publièrent, en 1924, leur manuel de droit international privé, présentation abrégée des traités antérieurs de ces deux auteurs. Il est notable que les maîtres de cette période s'adonnèrent volontiers à ce type de publication,

plus brève et plus pédagogique : elle se prêtait moins à l'approfondissement, aux controverses. Ce n'était plus les œuvres créatrices de droit qu'avait connu le siècle précédent. Un groupe de jeunes professeurs des facultés de droit publia, en 1924, un recueil des « espèces choisies empruntées à la jurisprudence » : les préfaces d'Henri Capitant et d'Édouard Lambert révélèrent clairement le souci de raviver l'attention des étudiants et de compléter leur formation. Notamment, l'ouvrage ne mentionnait que les circonstances de faits des litiges et renvoyait les étudiants aux périodiques qui avaient publié les arrêts. Quelques années plus tard, lorsque le même Henri Capitant réalisa le recueil des « grands arrêts de la jurisprudence civile », en annexe aux cours écrits avec Ambroise Colin, il y porta le texte des décisions de jurisprudence. D'un ouvrage à l'autre, l'évolution est notable. Le premier offrait aux étudiants des exemples d'application des principes dégagés par la doctrine : « si le maître se borne à exposer l'évolution historique des institutions et leurs traits fondamentaux, il ne donne pas à ses auditeurs une vue complète de l'ordre juridique. Ce développement méthodique et harmonieux des règles de droit qu'il déroule sous leurs yeux a quelque chose d'un peu artificiel »... (H. Capitant, *espèces choisies...*, page VII). Les « grands arrêts » cherchent également à compenser cet inconvénient de l'enseignement dogmatique, mais surtout ils consacrent le rôle créateur de la jurisprudence, face à la loi d'abord, face aussi à une école moins sûre d'elle-même et de la légitimité de son pouvoir. « Les juristes contemporains ont compris que leur mission consistait à étudier, à critiquer ce droit en formation, à le dégager de la masse des décisions où il se trouve enfoui comme le minerai dans le sol, à le mettre au jour, à le dépouiller de ses scories, en un mot à le systématiser » (H. Capitant, *grands arrêts...*, page IX, quatrième édition, 1964). Il ne s'agit plus de découvrir les vrais principes du droit juste, mais « de redresser, s'il se peut, l'interprétation que les tribunaux donnent des textes de loi » (ibid.). La mise en lumière des *principes* n'a plus qu'une valeur didactique : « c'est elle qui constitue, en somme, la *méthode classique*, c'est-à-dire celle qui répond et répondra toujours le mieux aux exigences de l'enseignement » ; *le droit naturel se réfugie dans la pédagogie*. C'est avec quelque gêne et moyennant certaines précautions que Colin et Capitant ne s'en tiennent pas là : « faut-il nous excuser en outre d'avoir donné une place importante à la critique législative, à la discussion des règles légales et des solutions interprétatives aux *raisonnements juridiques* en un mot ? Dussions-nous être taxés de tendance rétrograde, nous ne pensons pas que l'observation, la description, la comparaison des phénomènes d'ordre juridique puissent suffire à former la jeunesse à l'étude et à l'application des lois » (avant-propos de la première édition du cours élémentaire). Encore l'hérésie parut-elle trop audacieuse à ces positivistes ! Ils prirent la précaution d'ajouter une précision qui montre que, dans leur esprit, la place laissée au raisonnement juridique, à la recherche de la raison des règles, dans les facultés de droit, ne tient pas au rôle éminent d'une doctrine triomphante, juge souverain du juste et de l'équitable ; elle est tolérable seulement parce que « nos facultés nous paraissent faites pour élever des jurisconsultes autant et plus que des sociologues » (Ibidem, 1914). C'est l'aptitude à apprécier les solu-

tions qu'il faut sauvegarder contre les idées à la mode depuis le début du siècle (C.f. infra, l'apport de Gény et ses déviations) ; il ne s'agit plus de préférer la stabilité et la rationalité des opinions des docteurs à l'éparpillement des décisions jurisprudentielles. Le mot jurisprudence lui-même a changé de signification, en même temps sans doute que le mot doctrine. *La jurisprudence n'est plus la science du droit* : personne ne parlerait plus de la doctrine de la Cour de cassation. La jurisprudence n'est plus un processus, une science en formation ; c'est le résultat des jugements des tribunaux (comparer pour la même évolution du mot civilisation, N. Elias, la civilisation des mœurs, Calmann-Lévy, pluriel, 1973, pages 84 et 85). Et personne n'oserait plus écrire, avec Proudhon, plus de cent ans auparavant : « nous sommes encore bien loin de voir se former, sur chaque matière, cette *series rerum perpetuo judicatarum*, c'est-à-dire cette raison universelle qui, uniformément appliquée à l'interprétation doctrinale des lois, constitue les règles immuables de la Jurisprudence » (préface au traité des droits d'usufruit, d'usage personnel et d'habitation, tome I, deuxième édition, 1836, page XVII). C'est dire que la citation de décisions judiciaires a désormais une fonction éminente : elle n'offre plus des exemples, des illustrations, des règles dégagées par les auteurs ; elle traduit un nouveau mode de création du droit.

L'importance donnée à la jurisprudence, désormais entendue comme la somme des décisions des tribunaux, favorisa encore l'efflorescence des gens littéraires en ce début du XX<sup>e</sup> siècle.

Ce jaillissement fut tel qu'il permit aux juristes les moins féconds comme écrivain de voir leur nom sur la couverture de livres importants : ils n'en étaient pas, ou presque pas, les auteurs ; ils leur durent la pérennité. Ainsi, Bufnoir était-il trop scrupuleux pour se résoudre à cesser de corriger ses notes. Quelques uns de ses étudiants, parmi lesquels les futurs professeurs Pillet, Saleilles, se réunirent, après le décès de leur maître, pour publier ses leçons, professées dix huit ans plus tôt (cela donne une idée de la stabilité du droit de l'époque ; *Propriété et contrat*, 1900, préface Guillaouard). Le cas de Charles Beudant est quelque peu comparable. Il avait écrit, à titre d'introduction à l'étude du droit, « le droit individuel et l'État » (troisième édition, 1920). Son cours fut publié, après sa mort, par son fils, puis devint un ouvrage plus important dont les quatorze volumes, publiés à partir de 1934, ont demandé la collaboration de nombreux maîtres. A titre d'exemple, il faut signaler le tome III consacré à l'étude des biens et dû à la plume irremplaçable de Pierre Voirin. Il faut surtout retenir le nom de Planiol. Son *Traité élémentaire de droit civil* (trois volumes, première édition, 1899) eût un retentissement sans précédent ; le nom de son auteur fût porté, à travers les décennies, par un traité pratique de droit civil (en quatorze volumes publiés en collaboration avec Georges Ripert ; première édition à partir de 1925 ; deuxième édition à partir de 1952 ; Planiol mourut en 1931 : il est l'un des rares professeurs de droit, avec ses contemporains Léon Duguit et Henri Capitant, à avoir reçu la consécration d'une mention dans le *Petit Larousse*) et par le traité de droit civil d'après le traité de Planiol dû à Ripert et Boulanger (première édition, 1956). Il y a loin de ces

grands traités à ceux du XIX<sup>e</sup> siècle, conçus et écrits, pour la plupart d'entre eux, par un seul auteur. Il est vrai que ceux-ci ne sont pas oubliés. Fernand Surville, professeur à Poitiers, reprend et met à jour le traité de Baudry-Lacantinerie dans la partie consacrée au mariage ; il fournit ainsi encore, à l'Exégèse, l'occasion de s'exprimer. De son côté, Bartin porte à douze volumes le traité d'Aubry et Rau, jusque là composé de huit volumes (cinquième édition terminée en 1923), et ses notes de procédure civile spécialement sont encore recherchées aujourd'hui (il publia également, en 1899, des études de droit international privé). Ces travaux-là présentent un peu la doctrine du XX<sup>e</sup> siècle commençant, comme à la remorque de celle du XIX<sup>e</sup> siècle finissant et continuant sur son aire.

Un dernier auteur peut être cité pour insister sur l'étonnante liberté de conception des ouvrages du début du XX<sup>e</sup> siècle. Il s'agit de Julien Bonnacase, auteur notamment d'un précis de droit civil (deuxième édition, 1938). Son œuvre marque, d'abord, la continuité de la littérature juridique d'un siècle à l'autre. Ce bordelais publia un supplément au traité théorique et pratique de droit civil de Baudry-Lacantinerie, son maître (et doyen de la faculté de Bordeaux). L'ouvrage a pour caractéristique de reprendre, au gré du caprice ou de l'intérêt intellectuel de son auteur, certaines des questions étudiées dans le traité. Il ne s'agit pas d'une mise à jour qui tenterait d'éviter le vieillissement de l'œuvre principale. Il s'agit de dissertations approfondies sur des thèmes ou les opinions des auteurs se sont affrontées. C'est une deuxième caractéristique des travaux de Bonnacase que de laisser souvent et longuement la parole, ou plutôt la plume, à ceux de ses prédecesseurs dont les opinions sont ensuite critiquées ou exploitées. Enfin, le style de Bonnacase est remarquable parce qu'il est fait de cinglants anathèmes, comme d'interminables digressions sur les mœurs régionales ou la psychologie du paysan des Landes. Ne participa-t-il pas, avec Henri Rousseau, à la rédaction d'une introduction à l'étude philosophique et pratique du droit intitulé : « la vie juridique du français » ?

## B - LA DIVERSITÉ DES MATIÈRES

Dans la littérature juridique du début du XX<sup>e</sup> siècle, les centres d'intérêts, les thèmes, ne sont pas moins variés que les genres et les formes. Le vieillissement du code, des codes, donna une importance toute particulière à la réflexion sur la formation du droit. Ce domaine eut ses maîtres comme l'analyse du droit positif.

Surtout, une branche nouvelle du droit se développa de manière considérable ; chaque auteur, indépendamment même des spécialistes, eut l'occasion de se livrer à des recherches de *droit comparé* (3).

a - Pour l'histoire de la doctrine française, le Doyen François Gény est un repère. Face aux nombreuses générations de juristes qui ne savaient plus

(3) V. sur ce point, à peine évoqué ici, Livre du Centenaire de la Société de Législation comparée. Un siècle de Droit comparé en France (1869-1969), L.G.D.J., 1969, n° spécial de la Revue internationale de Droit comparé, et not. l'étude de M. ANCEL, p. 9 et s. : sur l'importance de la période du début de ce siècle.

exploiter les vertus de l'exégèse et en supportaient mal les contraintes, qui redoutaient aussi l'apparent vide laissé par le vieillissement des textes, son œuvre est la clef pour comprendre la science juridique du XX<sup>e</sup> siècle. Toute la complexité de son apport se manifeste à la confrontation des étiquettes qui lui sont apposées : encensé ou critiqué comme précurseur de la sociologie juridique, il est également rangé parmi les jus-naturalistes néokantien et parmi les humanistes. En tout cas, il est de ceux qui ont pu, de leur vivant même, fournir le thème d'une monographie (Toutsakevitch, Thèse, Paris, 1938).

En première approche, son œuvre marque le passage de la doctrine juridique du XIX<sup>e</sup> siècle à celle du XX<sup>e</sup>, de l'École exégétique à l'École scientifique. Il est vrai que, né en 1861, il donnait encore en 1958, un article à la Semaine juridique (J.C.P. 1958, 1, 1448) et avait publié sa première œuvre maîtresse en 1899 : François Gény était donc particulièrement bien placé pour assurer la transition d'un siècle à l'autre. Cette longévité peu ordinaire n'explique pourtant pas tout : l'audience du Doyen de la Faculté de Droit de Nancy à sa source dans la profondeur et l'originalité de sa pensée.

A la fin du XIX<sup>e</sup> siècle, parce que les codes avaient vieilli, parce que les règles d'interprétation s'étaient figées et étaient appliquées sans imagination, l'exégèse était ressentie comme un carcan. Saleilles fut le premier à proposer d'en sortir. La question des méthodes d'interprétation à laquelle Saleilles s'intéressa tout particulièrement fut la grande question du début du siècle (E. Gaudemet, Les interprètes du Droit en France depuis 1804, 1935. - R. Demogue. Les notions fondamentales du Droit privé ; et ses articles à la Revue critique, 1911). Celui qui allait être membre du comité de direction de la Revue trimestrielle de droit civil s'efforça de concilier deux besoins contraires : le premier était celui d'un droit renouvelé pour régler des difficultés nouvelles suscitées, par exemple, par l'apparition et la multiplication des machines et notamment des véhicules automobiles ; le second était le besoin de sécurité juridique qui commandait de limiter la liberté de l'interprète. D'où l'idée de n'utiliser la lettre des textes que comme garde-fou ! Rien n'interdit de déformer la pensée du législateur dès lors que la règle découverte peut encore sembler se rattacher au mot employé. Rien n'interdit, non plus, de redécouvrir un droit naturel derrière le droit positif et son évolution historique (R. Saleilles, École historique et droit naturel, R.T.D.C. 1902, p. 80).

L'interprétation, par les tribunaux, de l'article 1384, alinéa premier, du Code Civil offre un bon exemple de ce genre de déformation. Il s'agissait d'une disposition écrite seulement pour faire transition, pour rappeler les dispositions antérieures et pour annoncer les règles qui suivaient. « On est responsable non seulement du dommage que l'on cause par son propre fait (rappel des articles 1382 et 1383 du Code civil), mais encore de celui qui est causé par le fait des personnes dont on doit répondre (renvoi aux alinéas suivants de l'article 1384), ou des choses que l'on a sous sa garde (annonce des articles 1385 et 1386 du Code Civil) ». Traiter le dernier membre de phrase comme une disposition autonome rendant toute personne respon-



sable de toutes les choses dont elle est le gardien, c'est faire dire aux textes plus que son rédacteur n'y avait mis. Dans le système de Saleilles, cette traduction-trahison est admise dès lors que la règle dégagée peut encore être rattachée de manière plausible à la lettre, et seulement à la lettre, du texte.

Mais la démarche parut encore, à beaucoup, trop peu audacieuse. Ceux-là trouvèrent leur libération dans « Méthodes d'interprétation et sources en Droit privé positif » (Première édition, 1899). François Géný y proposait une nouvelle voie pour la découverte du droit nouveau. Le législateur laissait, dans une société bouleversée, les textes inchangés ; il ne créait plus de solutions nouvelles pour régir des situations qui paraissaient sans rapport avec celles qu'avaient connues les rédacteurs du Code de 1804. Dès lors, doctrine et pratique devaient exercer, dans une certaine mesure, dans la mesure même du silence du législateur, le pouvoir de faire le droit. C'est à cela que les invite la libre recherche scientifique. Il faut oublier la règle écrite partout où elle est devenue insuffisante, lacunaire ; il faut imaginer du droit. Voilà ce que leur conseille, ce que leur demande François Géný.

Encore faut-il bien s'entendre sur le sens des mots ! La méthode de François Géný rend, à l'interprète, sa liberté par rapport à une loi absente, silencieuse ou inutilisable. La libre recherche peut s'exercer hors des textes, mais elle ne peut s'exercer dans n'importe quelle direction. Parce qu'elle est recherche et recherche scientifique, elle doit avoir un domaine défini. C'est pour déterminer ce champ d'étude que Géný analyse la genèse du Droit : ici est son apport essentiel, éternel sans doute.

Le droit n'est pas la loi, parce qu'il la déborde et la précède. Derrière la loi, source formelle de droit, il y a d'autres sources, sources réelles du droit. Le législateur n'est pas le thaumaturge qui invente des règles à partir du néant. Comme un chimiste ou un physicien, il découvre les règles dans la réalité et n'a plus ensuite qu'à les mettre en forme. Le droit est à la fois « science et technique » ; tel est le titre de l'ouvrage fondamental de François Géný, ouvrage qui débutait d'ailleurs par une préface de Saleilles.

Cette réalité sociale qui est l'objet d'une approche de nature scientifique est complexe. Elle fournit les données de la législation. Pour découvrir la bonne règle de droit, il faut étudier le donné réel (les conditions de fait incluant les circonstances géographiques, physiologiques, psychologiques et économiques, comme les aspirations morales), le donné historique (« l'acquis de préceptes servant de cadre à la conduite de l'humanité »), le donné rationnel (« les règles de conduite que la raison dégage de la nature de l'homme et de son contact avec le monde ») et le donné idéal (« desiderata que postule le sentiment public en l'état actuel de la civilisation »).

La technique juridique permet de formuler la règle dégagée à partir de ces données. Elle fixe les concepts et en systématise l'application par recours à des présomptions et fictions, notamment. Géný insiste d'ailleurs, dans un article paru à la Revue trimestrielle de Droit civil en 1935, sur la relativité de cette technique.

Parce qu'elle venait à point, la présentation de Gény, du moins dans ce qu'elle a de superficiel, eut une influence considérable. Beaucoup en retinrent seulement que le droit provient directement de la pure et simple constatation de la réalité sociale et économique. En réalité, François Gény n'était pas un déterministe. Dans les données de la législation, il comptait la morale et des préoccupations idéales. Son seul tort est d'avoir voulu systématiser une analyse qui ne pouvait l'être. Entre les idéaux, il faut choisir : il ne suffit pas de constater ; et le tri, la sélection des buts préférables n'appartient ni à la science, ni à la technique. D'où le reproche adressé à Gény par le grand juriste belge Léon Dabin, dans sa théorie générale du Droit : « ou bien, vous êtes déterministe et votre attachement au Droit naturel ne s'explique plus ; ou bien, vous croyez à l'autonomie des individus et leur choix ne peut être paré du terme scientifique ».

Il reste que Gény appartient à la même école de pensée que de nombreux juristes humanistes de son temps. Au premier rang, il faut évoquer le Doyen Maurice Hauriou (4), lui aussi disciple de Bergson. Catholique fervent, Hauriou se voulait pourtant positiviste. Né en 1856 en Charente, il reste le maître de l'École de Toulouse par opposition à celle de Bordeaux animé, à la même époque, par Léon Duguit, né à Libourne en 1859. Une première remarque est révélatrice : Hauriou, spécialiste de droit administratif (auteur d'un précis, première édition, 1892) et de droit constitutionnel (auteur d'un précis élémentaire, première édition, 1925) écrivit deux articles importants qui parurent, tous deux, dans la Revue trimestrielle de *droit civil* (1923 : la liberté politique et la personnalité morale de l'État ; 1927 : l'ordre social, la justice et le droit). Sa pensée était dénuée de dogmatisme. A la recherche d'un équilibre social, à redéfinir sans cesse, entre la justice et l'ordre, il croyait à un droit naturel réel, découvert dans les faits, dans la société : « telle une comète, la croyance au droit naturel surgit à l'horizon à des intervalles millénaires pour nous illuminer pendant quelques siècles, puis elle disparaît et nous laisse retomber dans la nuit ». La grande découverte d'Hauriou fut la notion d'institution à laquelle il consacra de longues études : c'est « une organisation sociale créée par un pouvoir qui dure parce qu'elle contient une idée fondamentale acceptée par la majorité des membres du groupe », ainsi par exemple de l'état ou de la propriété.

Le Doyen Léon Duguit est l'un des plus grands juristes français. Son positivisme est d'une autre essence que celui d'Hauriou. Soucieux d'appliquer la méthode expérimentale, il prétend refuser tout concept a priori, les entités métaphysiques qui échappent à l'observation directe des sens et « traiter les faits sociaux comme des choses ». Il est ainsi conduit à remettre en cause les notions les plus traditionnelles du droit public et du droit privé, comme celle de propriété et de personne morale (sur les critiques de François Gény, voir Revue trimestrielle du Droit civil, 1922). Pourtant, il ne se soumit pas entièrement au sociologisme d'un Auguste Comte, puis-

---

(4) Qu'il nous soit pardonné de citer ici trois auteurs de droit public : Maurice HAURIOU, Léon DUGUIT et Gaston JÉZE, non pour les annexer à la doctrine du droit privé, mais en raison de leur influence et de leur œuvre particulièrement caractéristique.

qu'il partit en quête d'un idéal social, au demeurant très exigeant, celui de la solidarité et même celui de la justice « liée à la nature à la fois sociale et individuelle de l'homme ». Il fut notamment l'auteur, en 1901, d'un ouvrage intitulé : « L'État, le droit objectif et la loi positive » (voir le compte-rendu de François Gény : *Revue critique de législation et de jurisprudence* 1901, p. 502) et d'un traité de droit constitutionnel (cinq volumes, première édition, 1911. - adde : « L'État, les gouvernants et les agents », 1903).

Par ces préoccupations idéales, Léon Duguit ne s'oppose pas moins que Maurice Hauriou aux exégètes positivistes que connut encore le début du XX<sup>e</sup> siècle, tels, en droit public Gaston Jéze et, en droit privé, Henri Capitant ou René Demogue, auteurs d'un traité des obligations en général. Ce dernier ouvrage mérite d'être signalé car il est caractérisé par d'importantes recherches de droit comparé qui sont le signe de la doctrine des années 1900 et 1930. Demogue fut également membre comme Henri Capitant du comité de direction de la *Revue trimestrielle de droit civil*.

b - Marcel Planiol est, à l'analyse du droit positif, ce que François Gény est à l'étude de la formation du droit. L'audience de son traité élémentaire de droit civil fut telle, que quinze ans après la parution de la première édition, Ambroise Colin et Henri Capitant se défendaient encore, en publiant leur propre cours élémentaire, de vouloir entrer en concurrence avec lui. A l'époque où Gény établissait la nouvelle méthode d'interprétation qui le rendait célèbre, Planiol l'appliquait déjà en une synthèse magistrale du droit civil. L'une des ses thèses les plus remarquées fut relative à la notion de droit réel : refusant d'y voir un rapport direct du sujet à l'objet, il l'analysa en une obligation passivement universelle, charge supportée par tous de respecter la propriété d'autrui. Il étudia également les sources des obligations, à l'aide des méthodes d'interprétation découvertes au début du siècle (*Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1904, p. 224).

A la même époque, Saleilles (*L'obligation d'après le premier projet de code civil allemand, 1889*) et Eugène Gaudemet (*Étude sur le transport de dettes à titre particulier, thèse, Dijon 1898*) proposaient, à l'inverse, de révéler, sous les relations personnelles d'obligation, les liens de patrimoine à patrimoine, c'est-à-dire de masse de biens à masse de biens. De ce dernier auteur, la « *Théorie générale des obligations* » (1937, réédité en 1965) est un chef d'œuvre inégalé.

Cette remise en cause des notions les plus traditionnelles du droit français est certainement caractéristique de la littérature juridique des premières décennies du XX<sup>e</sup> siècle. Julien Bonnecase la salua comme telle dans la longue préface qu'il donna à la thèse de Monsieur le Doyen Jean Carbonnier (*Le régime matrimonial : sa nature juridique sous le rapport des notions de société et d'association, 1932*). Les progrès ainsi réalisés étaient, selon lui, à porter au crédit de l'École scientifique dont François Gény était l'initiateur : encore faut-il remarquer que toutes les notions dont l'analyse fut renouvelée, à cette époque, n'avait pas trouvé de définition dans le Code civil. La liberté prise par la doctrine s'affirmait moins contre la loi que

contre l'autorité des maîtres qui avaient enseigné le droit au XIX<sup>e</sup> siècle. Dans la même rubrique, il faut encore ranger la thèse de doctorat d'Henri Capitant : en 1923, il étudia le rôle du but poursuivi par les parties dans la formation du contrat (De la cause des obligations). Les recherches que Louis Josserand, doyen de la Faculté de droit de Lyon, consacra aux mobiles dans les actes juridiques du droit privé (1928) eurent un égal succès ; elles favorisèrent, comme celles de Capitant, l'épanouissement d'une jurisprudence qui s'efforça d'assainir et de moraliser les relations contractuelles notamment et lutta contre l'abus des droits (L. Josserand, Essai de téléologie juridique, tome 1, de l'esprit des droits et de leur relativité, théorie de l'abus des droits, 1927 qui donna lieu à une vive critique de Georges Ripert : abus ou relativité des droits, à propos de l'ouvrage de Monsieur Josserand, de l'esprit des droits et de leur relativité, 1929). Louis Josserand conçut encore un cours de droit civil positif français (1930) ; il y écrivait, dévoilant ainsi la version la plus radicale du positivisme : « c'est la jurisprudence qui constitue la matière première sur laquelle doivent s'exercer nos recherches ; le droit est tel qu'elle le comprend et qu'elle l'aménage, les documents législatifs n'étant que les matériaux dont l'assemblage et la mise en œuvre lui sont confiés. Aussi avons-nous réduit la dialectique à la portion congrue, *la seule qui convienne...* »

c - Caractéristique encore de la littérature juridique de l'après XIX<sup>e</sup> siècle est le développement considérable des ouvrages spécialisés notamment en droit commercial. Albert Wahl publia, en 1922, un précis théorique et pratique de droit commercial, comparable en la forme au manuel de droit commercial de Amiaud. Ces ouvrages furent utilisés par les étudiants qui redoutaient l'ampleur du grand traité de Lyon-Caen et Renault (première édition en deux volumes : 1879 ; cinquième édition en huit volumes avec le concours de Amiaud, 1921-1936) et du prestigieux traité élémentaire de Thaller (troisième édition : 1904 ; huitième édition, deux volumes : 1931) dont l'apport au droit commercial fut considérable. De la même tendance, relève l'exposé méthodique de droit commercial, publié plus tard (1946) par Ph. Bonnecarrère, élève de Thaller à Lyon, puis doyen de la Faculté d'Aix-en-Provence, et M. Laborde-Lacoste qui enseigna dans cette même Faculté après 1908.

Il serait encore possible de citer ici toutes les importantes recherches de droit comparé qui, redisons-le encore, ont marqué la période 1900-1930 en enrichissant considérablement les recherches doctrinales. Mais ce serait une erreur de considérer ces ouvrages qui avaient pour principal effet d'étendre le champ des recherches de la doctrine comme des ouvrages spécialisés et techniques.

En définitive - et même si, a posteriori, il est toujours tentant de transformer la présentation chronologique en explication logique -, la période 1900-1930 apparaît bien comme une vraie période de transition ; elle a préparé et engagé le changement des fonctions de la doctrine juridique française. Elle porte les signes avant-coureurs d'une « mise sur la touche » qui est aujourd'hui complète, acceptée, voulue.

Au titre des *constatations*, il faut relever, par rapport à la doctrine du XIX<sup>e</sup> siècle, un changement des moyens et des buts. Dans la période 1900-1930, une incapacité à maîtriser la production législative et réglementaire commence d'apparaître, avant de se répandre de nos jours. Elle aura, d'abord, pour cause le nombre et la facture de ces textes qui deviennent très difficiles à intégrer dans un ensemble cohérent. Leurs auteurs n'ont aucune préoccupation de cet ordre. Aucune des directives classiquement suivies par le législateur (choix des termes, refus des définitions...) ne sont plus connues, ni respectées dans beaucoup de textes. La soumission de la doctrine aux autres sources du droit aura, ensuite, pour cause une évolution très profonde de la formation reçue, à l'école et au lycée, par les hommes de doctrine ; la rhétorique, puis la simple analyse logique régressant, avant de disparaître complètement au milieu du XX<sup>e</sup> siècle, ce sont les instruments premiers de l'interprétation qui vont bientôt faire défaut. A ce déclin de l'interprétation juridique, correspond le développement des revendications d'autonomie. C'est faute de savoir encore interpréter les règles générales que les auteurs sont acculés à prétendre que chaque discipline forme un droit autonome ; ils se posent alors en spécialistes, c'est-à-dire en techniciens plus qu'en sages-savants. La transformation de leurs buts et de leurs fonctions en découle nécessairement. La doctrine ne prétend plus guider la formation du droit ; en même temps qu'elle s'éloigne des pratiques professionnelles, elle prend ses distances à l'égard des centres de décision, du pouvoir législatif, réglementaire ou jurisprudentiel. Sa fonction majeure reste alors l'information descriptive ; celle-ci s'adresse surtout aux étudiants ; elle pourrait s'adresser aussi aux acteurs du droit, législateur, praticiens, ... mais cela demanderait que la doctrine ne renoncât pas à reconstruire les théories générales malmenées (ou confirmées sous l'apparence de prétendues innovations) par les réformes incessantes.

S'il fallait tenter une *explication* globale de ce phénomène, il serait difficile de ne pas songer à invoquer l'évolution de la philosophie du droit. Dans la période 1900-1930, le droit naturel connaît un déclin manifeste ; les théories qui, comme celles de François Gény, le supposent ne sont entendues que moyennant son amputation. Or le droit naturel, dans sa version religieuse, comme dans sa vision laïque, rend inévitable l'intervention de « pontifes » dans l'établissement du droit positif ; la recherche du bon droit a besoin des lumières de ceux qui connaissent les expériences antérieures et qui sont aptes à scruter les lignes directrices et la cohérence du système juridique. Les théories du droit naturel sont remplacées, au début du siècle, par d'autres théories élaborées, pour partie, en réaction contre l'exégèse ; une fois encore, elles sont tronquées par les disciplines de leurs fondateurs : la construction du droit à partir des données sur lesquelles la doctrine est bien placée pour réfléchir sera laissée au législateur. Les auteurs confirment et affichent leur position de retrait par rapport au droit qui se fait.

Faut-il risquer une interprétation de cette évolution que la période 1900-1930 prépare et annonce ?

A dire le vrai, il est clair qu'aucune véritable conception du droit n'est venue remplacer le jusnaturalisme. Puisqu'il n'est plus possible de savoir ce qu'est le droit, puisqu'il n'est plus possible de reconnaître les règles à leur qualité, il n'est plus possible d'admettre que des sources formelles, institutionnelles du droit. Avançant les yeux fermés, le positivisme se présente, d'abord, comme un *formalisme*. Le droit se définit par ses caractéristiques les plus superficielles, mais aussi les plus apparentes et les moins discutables. La loi est le texte émané de l'autorité habilitée à édicter les lois. Le positivisme est ainsi, également, un *objectivisme* qui conçoit le droit comme un objet de connaissance scientifique, radicalement extérieur à celui qui l'étudie. Le positivisme se présente, ensuite, comme une sorte d'*anti-causalisme*. Il ferme la voie qui pouvait mener à la découverte des sources réelles, (c'est-à-dire d'un critère de fond), du droit. Le cercle est alors refermé sur lui-même et la machine n'a plus qu'à fonctionner... pour elle-même. Tout peut être droit, si le législateur le veut. Faute d'autre critère admis, il faut bien voir du droit dans toutes les manifestations de volonté du législateur ; il faut bien, par conséquent, reconnaître à celui-ci le pouvoir de tout transformer en droit. N'est-il pas révélateur que s'estompe progressivement la distinction, autrefois si nette, entre le droit et la réglementation ? Le législateur, les sources formelles du droit plus généralement, sont devenues les thaumaturges sans bornes, ni concurrents que nous connaissons.

Voilà ce qui était peut-être en germe dans l'évolution que vivait la doctrine de droit privé dans les années 1900-1930 !

---

## UN THÈME DE RECHERCHE L'ITINÉRAIRE LÉGISLATIF (Suite)

---

### Summary.

After the previous reflexions, the research in so far as the definition of the doctrine is concerned, is leased upon some cases of doctrinal influence on the contents of a reform. It results in the statement that technical propositions are essentially used, and that the doctrine gives up its part in the legal policy and in the coherence of the law.

---

Nous continuons dans le présent numéro, la présentation des réflexions et observations recueillies sur le thème : La doctrine dans l'itinéraire législatif (\*).

### 1 - RECHERCHE DE DÉFINITIONS DE LA DOCTRINE.

Les définitions de la doctrine contenues dans les ouvrages élémentaires (voir R.R.J. 1981, p. 62) comportent trois éléments constants.

La doctrine est définie comme un ensemble *d'opinions* émises par des *auteurs* dans des ouvrages. Le premier point à étudier porte sur la signification du mot auteur.

Les auteurs qui appartiennent à la doctrine sont d'abord des universitaires : Ce sont ceux qui enseignent le droit en faculté. Ce sont ensuite des juristes non universitaires : commissaires du gouvernement, juges, notaires, avocats. A propos des juges, toutefois, on pourrait croire dans une optique continentale que l'institution des « opinions dissidentes » rapproche encore le juge d'un homme de doctrine. Toutefois, il ne faut pas oublier qu'en « Common law » la classe juridique est unique et que le juge remplit en même temps le rôle juridictionnel du juge des droits continentaux et le rôle doctrinal. Les jeunes juristes apprennent leur métier en participant aux procès. Le droit se crée et s'apprend dans le prétoire.

Une profession particulière a permis de percevoir la difficulté d'une définition rigoureuse de la doctrine : celle de chroniqueur judiciaire. La question s'est posée de savoir si le journaliste spécialisé qui commente un procès à sensation à la télévision appartient à la doctrine.

Pour répondre à cette question, une première voie consiste à se demander si la doctrine ne pourrait pas être caractérisée par les destinatai-

---

(\*) Ces observations ont été faites lors de réunions tenues à l'initiative du Centre de philosophie du droit de la Faculté de Droit et de Science Politique d'Aix-Marseille. Ont participé à ces réunions : MM. ATIAS, CHEROT, DE GANTES, JOURDAN, LINOTTE, MOULY, D'ONORIO, SERIAUX, TANCELIN. Voir R.R.J. 1979-1980, p. 69 et R.R.J. 1981, p. 57.

res de ces écrits, par ceux à qui elle s'adresse. Autrement dit, le juriste qui s'adresserait à la communauté scientifique des juristes, à la doctrine, serait un homme de doctrine. Inversement, celui qui s'adresserait à l'opinion publique sortirait de la catégorie des auteurs.

A dire vrai ce critère paraît discutable. Dans le langage habituel, ce qui caractérise l'homme de doctrine ce n'est pas qu'il s'adresse à la communauté des juristes, c'est qu'il est reconnu par elle. Surtout, il ne paraît pas possible d'exclure de la doctrine un professionnel qui peut être compétent et qui en tout état de cause reçoit une autorité et une audience considérables du fait même du moyen d'expression qu'il emploie. Dans cette mesure, il est de ceux qui peuvent peser très fortement sur l'opinion publique, qui peuvent l'orienter et par conséquent orienter l'évolution du droit.

En définitive, l'homme de doctrine se caractérise essentiellement par trois traits :

- tout d'abord il est reconnu ;
- ensuite il est protégé (il est notable que les professeurs de droit soient dispensés de l'obligation de réserve, c'est-à-dire exempts de toutes inspections et de toute notation hiérarchiques) ;
- enfin, son opinion peut être diffusée.

Toutes ces caractéristiques sont évoquées par un seul terme : la doctrine rassemble les opinions autorisées.

## 2 - CAS PARTICULIERS D'INFLUENCE DOCTRINALE.

Le droit commercial, la protection des consommateurs, la législation relative au prélèvement d'organes offrent trois exemples significatifs.

### a - Le droit commercial.

#### 1 - Description :

Aucun des traités de droit commercial ne donne de définition de la doctrine (v. toutefois la conception de P. Didier - Thémis, pp. 28-29). Les plus importants consacrent à sa description une très large place, examinant son rôle au cours des siècles et sa composition contemporaine.

#### 2 - Rôle :

Ceux des ouvrages qui en traitent comparent volontiers la doctrine commerciale à la doctrine civile. Son rôle est, de la même façon, triple :

- interpréter la loi ;
- combler les lacunes de la loi (doctrine et jurisprudence sont mises sur pied d'égalité) ;
- expliquer les techniques utilisées par la pratique (rôle présenté comme plus original en droit commercial).

#### 3 - Source du droit ?

Trois ouvrages seulement en font une source du droit, au même titre que la jurisprudence : Hamel, Lagarde et Jauffret, Droit commercial, t. 1, 1<sup>er</sup> vol.

- Yves Guyon : Droit des affaires
- Henry Cabrillac : Introduction au droit bancaire.



Les autres auteurs sont soit totalement muets, soit très descriptifs (ex : Ripert et Roblot, t. 1, étudient la doctrine à propos de la technique du droit commercial, avec la méthode d'interprétation et l'esprit de ce droit comme J. Escarra : principes de droit commercial). Tous les autres précis sont muets sur le rôle ou la place de la doctrine.

La question qui revient fréquemment est celle de l'influence du raisonnement commercialiste sur le droit civil, et son contraire. La querelle du début du siècle sur ce problème n'a pas été renouvelée et semble aujourd'hui être davantage négligée.

**b - L'exemple des lois relatives à la protection du consommateur**

Propositions J. Calais-Auloy. Les cinq réformes qui rendraient le crédit moins dangereux pour les consommateurs. D. 1975, Chron., p. 19 à 22.

Propositions	Réformes
<p>1 - Transformer la législation existante : de réglementation de la vente à crédit, deviendrait une réglementation de tous les contrats de crédit (y compris crédit-bail, prêt personnel, crédit pour prestations de service...).</p> <p>2 - Institution d'un délai de réflexion.</p> <p>3 - Lien entre le contrat de crédit et le contrat de vente (par recours du mécanisme de la condition suspensive).</p> <p>3 bis - Interdiction des effets de commerce car la règle cambiaire de l'opposabilité des exceptions mettrait à néant l'interdépendance entre les contrats. Support juridique, dans le respect du droit uniforme : l'incapacité. Ajouter à l'a. 114 C. com. l'indication, parmi les incapables, des consommateurs.</p>	<p>non réalisée pour la législation antérieure, mais les lois « Scrivener » en ont tenu compte (notamment titre 2 loi 13 juillet 1979).</p> <p>- Loi 78-22 du 10 janvier 1978 sur le crédit mobilier (qui reprend même la technique proposée du formulaire détachable).</p> <p>- Loi du 13 juillet 1979 sur le crédit immobilier (qui améliore le mécanisme juridique par l'utilisation d'une offre réglementée).</p> <p>- interdépendance complète dans la loi du 10 janvier 1978 (formation et inexécution des contrats) ;</p> <p>- interdépendance partielle dans la loi du 13 juillet 1979 (seulement formation, mais l'effet d'entraînement est tel qu'une part importante de la doctrine étend l'interdépendance à l'inexécution).</p> <p>- Application presque à la lettre. Si l'a. 114 C. com. (qui annule les lettres de change) n'a pas été modifié, il est déclaré applicable aux lettres de changes signées par des consommateurs : Loi du 10 janvier 1978 : a. 17 ; Loi du 13 juillet 1979, a. 35.</p>

Propositions	Réformes
<p>4 - Interdiction des clauses pénales, trop rigoureuses pour le consommateur.</p> <p>5 - Compétence du Tribunal du domicile du consommateur (pour écarter les tribunaux de commerce et le tribunal du siège du vendeur ou de la banque).</p>	<p>- Réformes générales : révision judiciaire des clauses pénales excessives ou insuffisantes : loi du 9.7.1975.</p> <p>- Réforme spéciale pour le crédit à la consommation : plafonnement légal des clauses pénales : - a. 19 à 22 Loi du 10.1.1978 ; a. 12 à 15 Loi du 13.7.1979.</p> <p>- Crédit mobilier : - compétence du tribunal <i>d'instance</i> (loi 10.1.1978, a. 27) qui écarte celle du T.G.I. ou des tribunaux de commerce ; - nouvelle règle générale de compétence territoriale (a. 46 N.C.P.C.) permet le choix du forum auctoris (N.C.P.C. du 5.12.1975 !).</p> <p>- Crédit immobilier : T.G.I. du lieu de l'immeuble, le plus souvent celui du domicile du consommateur.</p> <p>- Règle générale de nullité des clauses attributives de juridiction en présence d'un non-commerçant (N.C.P.C. a. 48) règle du 5.12.1975.</p>

### RAISONS POSSIBLES DE CE SUCCÈS

- 1 - Propositions dans le sens d'un courant général confus.
- 2 - Propositions d'une grande clarté et d'une mise en œuvre aisée.
- 3 - Présentation structurée - pour chaque proposition environ une colonne :
  - le problème ;
  - l'insuffisance du droit positif ;
  - l'idée de la réforme ;
  - la mise en œuvre.
- 4 - Proposition de mise en œuvre technique de la réforme : (formulaire détachable de rétractation ; rédaction nouvelle de l'a. 114 C. com. ; ...).

Il faut insister sur les particularités de l'intervention doctrinale, celle de Monsieur le Professeur Calais-Auloy, en cette matière. A posteriori, le lecteur est frappé par un certain nombre de caractéristiques formelles de son article.

D'une part, cette chronique pourrait bien être principalement adressée, non pas à la doctrine, mais au législateur. Il est en effet notable que l'auteur ait, dès le titre, annoncé son projet de promouvoir une réforme. Il fait ensuite souligner le caractère concret et le caractère novateur de sa

présentation. De là à penser qu'un tel travail a dû son succès notamment à ses formes et aux destinataires choisis, il n'y a qu'un pas. Faut-il croire que pour aboutir, une réflexion doctrinale doit d'abord se défier du formalisme et du traditionalisme de la doctrine ? Faut-il croire que pour faire avancer le droit, mieux vaut s'adresser au législateur qu'à la doctrine ?

D'autre part et pour tempérer cette première impression, il faut remarquer que la proposition de M. Calais-Auloy a été portée par un mouvement d'opinion qui peut avoir expliqué l'empressement du législateur. Il est certain que la protection des consommateurs a constitué dans les années 70 une mode législative dans tout le monde occidental.

En revanche, sont beaucoup moins explicables, le silence de la doctrine, son absence de réponse aux propositions de M. Calais-Auloy, son refus de tout débat. Il est pourtant permis de penser que l'élaboration de la loi aurait pu être utilement améliorée. Par exemple, la solution qui a consisté à assimiler le consommateur à un incapable pour lui interdire le recours aux lettres de changes relève de la technique de la fiction et constitue, par conséquent, un palliatif qui, par hypothèse, est une solution provisoire à utiliser dans les cas d'urgence.

**c - *L'exemple de la loi relative au prélèvement d'organes.*** (Voir supra. p. 142).

A première vue, cette loi appartient à un domaine du droit radicalement différent du précédent ; notamment la morale s'y trouve beaucoup plus directement impliquée. Pourtant, il est permis de percevoir plusieurs éléments comparables dans les deux évolutions législatives.

La loi de 1976 et le décret de 1978 furent précédés de trois publications importantes :

- J. SAVATIER, *Et in hora mortis nostrae*, Le problème des greffes d'organes prélevés sur un cadavre : D.S. 1968, chron. XV, p. 89.
- R. SAVATIER, *Les problèmes juridiques des transplantations d'organes humains* : J.C.P. 1969, I, 2247.
- *Le corps humain et le droit*, Travaux de l'Association H. CAPITANT (Journées belges), t. XXVI, 1975, Dalloz, 1977.

Dans ces divers documents, la question des greffes d'organes était abordée. La doctrine réclamait l'intervention législative notamment pour mettre les médecins à l'abri d'une inculpation qui paraissait inopportune. De plus, les auteurs jugeaient souhaitable de préciser les conditions dans lesquelles serait assurée la protection des personnes devant subir un prélèvement :

- détermination des chances de succès de l'opération ;
- protection du consentement ;
- pour les prélèvements sur un cadavre, prise en considération du consentement de l'intéressé, mais aussi de la famille.

Comme dans l'hypothèse de la protection des consommateurs, la réforme a été portée par un mouvement d'opinion. Ici, celui des médecins.



A l'inverse de la proposition de M. Calais-Auloy, les études législatives antérieures à la réforme de 1976 étaient très respectueuses de la forme doctrinale classique : serait-ce la raison pour laquelle elles ont été moins suivies ? Surtout, il faut remarquer que, dans les deux cas, la doctrine n'a pas particulièrement approfondi la question fondamentale des objectifs à poursuivre par le législateur. Les propositions doctrinales ont surtout porté sur la technique juridique. Il en résulte que le législateur n'a pu profiter, dans son travail d'élaboration de la loi, d'une réflexion sur la cohérence du droit. Tels sont pourtant les deux domaines dans lesquels la mission de la doctrine paraît difficilement contestable.

d - Autres exemples.

Il faut encore citer un exemple significatif : celui du transport. En ce domaine, le pouvoir doctrinal est en quelque sorte traditionnel : il faut rappeler, en matière aérienne, l'influence du Doyen Ripert qui a rédigé la loi de 1924, du Doyen Chauveau qui a inspiré la modification de cette loi intervenue en 1957, et, en matière maritime, l'influence de M. le Doyen Rodière sur la préparation de la loi de 1966.

A l'inverse, on peut citer l'exemple de la responsabilité automobile où les nombreux travaux du professeur TUNC n'ont pas encore réussi à faire aboutir, en France, une simplification de l'indemnisation des victimes. Les réformes récentes de la procédure civile peuvent également être l'occasion de remarques importantes. Alors que des maîtres prestigieux furent à l'origine des textes nouveaux, c'est dans leur interprétation qu'a pu être regrettée « l'apathie doctrinale » et révélée « la face cachée des débats techniques ». (J.-J. Daigre, la doctrine et la réforme de la procédure civile. A propos du pouvoir discrétionnaire du juge en matière de production forcée de pièces : J.C.P. 1981, I, 3020).

En définitive, il est frappant de constater que quatre caractères se retrouvent dans toutes les interventions doctrinales, suivies d'effet : ce sont des propositions *techniques*, des propositions *concrètes*, portant sur un *domaine circonscrit*, dans lequel les affrontements d'intérêts sont clairement définis. C'est encore dire que la doctrine se refuse à participer à l'élaboration d'une politique juridique.

---

### 3. - LA SPÉCIFICITÉ DE LA RECHERCHE EN DROIT PRIVÉ (1).

La recherche juridique, spécialement la recherche en droit privé, occupe une place à part au sein de l'ensemble des activités de recherche. Sa définition est déjà particulière ; la détermination de ses critères de qualité et l'application des critères qui permettent de la distinguer des autres activités juridiques sont également originales.

#### A - Définition de la recherche juridique

Les fonctions de la recherche juridique, ce sont celles que Max Weber assignait à toute science : « premièrement, la science met naturellement à notre disposition un certain nombre de connaissances qui nous permettent de dominer techniquement la vie par la *prévision*... En second lieu, elle nous apporte... des méthodes de pensée, c'est-à-dire des instruments et une *discipline*... Troisièmement, la science contribue à une œuvre de *clarté*... (2). Encore faut-il tenir compte de la spécificité du droit ! La recherche en droit doit recevoir une définition propre.

La recherche en droit, ce ne peut être que la *recherche du bon droit*. Ainsi se laisse pressentir un partage entre les travaux d'analyse ou de description du droit tel qu'il est et les travaux d'amélioration de ce droit ; ces derniers reposent sur l'intuition des meilleures solutions concevables dans l'intérêt de la société et de l'homme ; cette intuition est rendue possible par une réflexion sur les expériences juridiques antérieures, sur les exemples étrangers, sur les besoins sociaux et individuels et sur la cohérence du droit actuel. Le bon juriste, le savant de haut niveau, doit donc être pourvu, à la fois, des qualités de rigueur scientifique qui lui permettront une analyse efficace de l'histoire, des données sociales,... et des qualités d'imagination technique qui le rendront apte à découvrir les qualifications de nature à réaliser les objectifs préalablement déterminés grâce à cette intuition.

Cette première présentation de la recherche en droit privé, spécialement, suppose résolue la principale difficulté qui consiste à créer les conditions d'un relatif accord sur ce que peut être *le bon droit*. Un ingénieur peut bien remettre en cause les objectifs que la direction de son entreprise ou de son laboratoire lui demande d'atteindre ; mais ce sont des objectifs relativement lointains qu'il contestera : qualité du progrès par la technique, retombées néfastes de la mise en œuvre d'une découverte... ; en revanche, la découverte elle-même peut être incontestable dans son principe ; c'est telle réaction chimique, tel processus physique... une connaissance ou une possibilité nouvelles. En revanche, le juriste ne peut partir en quête d'une fin ou d'une qualification nouvelles pour elles-mêmes ; c'est un droit meilleur qu'il doit trouver, sans que tous les membres de la communauté scientifique soient en accord sur ce qu'est un droit meilleur. La recherche

(1) Libre compte-rendu d'une réunion à laquelle ont participé M. le Professeur C. MORRISSON, Directeur scientifique au C.N.R.S., M. le Professeur G. LAMBERT, M. le Professeur M. BORYSEWICZ, M. le Doyen F. BOULAN, M. le Professeur J.-L. BERGEL, Directeur de l'Institut d'Études Judiciaires, M. J. AUDIER, M. C. ATIAS.

(2) M. WEBER, *Le Savant et la Politique*, Plon, 1959, introd. R. Aron, pp. 88-89.

est toujours, dans une certaine mesure, appliquée : la connaissance n'est jamais recherchée pour elle-même, mais pour le progrès qu'elle peut apporter à l'action du législateur, de l'interprète, du praticien. Le chercheur en droit est toujours quelque peu placé dans la situation du physicien à qui il serait demandé de découvrir, sans autre précision, de l'énergie : d'où son hésitation persistante entre tel ou tel objectif (rentabilité, sauvegarde des équilibres naturels, pérennité...) et tel ou tel moyen !

Entre les juristes de droit privé, l'accord ne se fait ni sur les fins du bon droit (équilibre social, liberté individuelle, diminution des inégalités, promotion des valeurs...), ni sur les moyens (prohibition, incitation, dissuasion, liberté sous contrôle préventif ou curatif ou encore sans contrôle...). Il en résulte - et c'est bien une particularité de la recherche en droit - que telle publication, considérée comme de haute valeur scientifique et profondément novatrice par certains juristes, sera qualifiée purement et simplement de non-scientifique par d'autres juristes.

### **B - Détermination des critères de qualité de la recherche.**

Dans les sciences exactes, comme dans les sciences de la vie, la reconnaissance d'un chercheur par la communauté scientifique internationale est un assez bon critère de qualité. En matière juridique, il arrive que les travaux des savants aient une grande influence à l'étranger, mais la citation dans les revues internationales les plus importantes n'est certainement pas une jauge satisfaisante de la qualité des recherches.

a - De nombreux juristes français ont eu et ont une audience internationale. Celle-ci se vérifie lorsqu'ils sont consultés comme *experts* par des pays étrangers qui projettent de réaliser une réforme juridique importante. Chacun sait que Boissonnade de Fontarabie fut invité à participer à l'élaboration du Code civil japonais, que M. les professeurs Jauffret et David élaborèrent des codes éthiopiens. Plus récemment, M. le Doyen Cornu eut le même rôle d'expert-consultant au Canada. Des pays d'Amérique latine ont également recours aux juristes français, tandis qu'un professeur de droit privé de la Faculté de Droit et de Science Politique d'Aix-Marseille est conseiller permanent du gouvernement mauricien pour la préparation des principales réformes en cours (3).

Il faut encore ajouter que des juristes français ont eu et ont un rôle international considérable dans certains domaines particuliers où les recherches sont naturellement « exportables » : droit comparé (M. R. David, A. Tunc...), droit maritime (G. Ripert, M. R. Rodière...), droit international privé (M. le Doyen H. Batiffol...), droit du commerce international (M. B. Goldman...). Dans ces secteurs, la renommée internationale se traduit très directement, non seulement par la connaissance des œuvres françaises à l'étranger, mais par la participation à des travaux internationaux (conférences préparatoires à la conclusion de conventions...) ; à la marge entre ces deux types d'influence, il faut citer l'exemple des travaux de M. le professeur André Tunc sur la respon-

(3) Il s'agit de M. R. GARRON : cf. R.R.J. 1979-1980, p. 34, note 7.

sabilité civile du fait des accidents d'automobiles, recherches qui ont, pour partie, inspiré la réforme canadienne notamment.

b - Il est, pourtant, certain qu'il n'existe pas, en matière de droit privé, de compétition internationale comparable à celle que connaissent les sciences exactes et les sciences de la vie. Le plus souvent, les qualifications mise en œuvre en France n'ont aucune signification dans d'autres pays et inversement (V. l'exemple du trust anglais, « intraduisible » en français) ; surtout, ce sont les circonstances intellectuelles, morales, économiques et sociales qui inspirent une réforme dans un pays et ne se retrouvent pas dans un autre ; le problème du divorce ne peut être réglé de même façon dans un pays à majorité catholique et dans un pays à majorité protestante ; et il faudrait encore songer aux différences de procédure entre la Common Law et les pays de codification ancienne.

Les mots parlent d'eux-mêmes ; là où chimistes et physiciens échangent leurs découvertes, les juristes *comparent* leurs solutions respectives. De France aux États-Unis, la chimie s'exporte et s'importe ; le droit se compare.

L'une des missions de la recherche en droit privé spécialement, c'est de préparer les réformes (4) ; c'est de dire quels sont les objectifs qui pourront être poursuivis et, parmi eux, quels sont les avantages et les inconvénients de chacun ; c'est de dire quelles techniques, quelles règles et quelles qualifications, permettront d'atteindre tel ou tel objectif. Toutes ces réflexions peuvent fournir des indications à l'étranger ; mais, pour le juriste anglais ou allemand, elles n'auront guère plus d'intérêt que les enseignements de la chimie biologique, pour le chimiste nucléaire. Par nature, la science juridique est plus difficile à exporter que les sciences exactes ou les sciences de la vie. En droit, comparaison n'est pas raison ; ou, plus précisément, raison à l'étranger n'est que comparaison.

### C - Application des critères de la recherche.

La dernière particularité de la recherche juridique est sa difficulté à se dégager de l'ensemble des travaux des juristes. Les juristes, les privatistes spécialement, écrivent beaucoup : traités, manuels, monographies, thèses, articles, commentaires de lois, de décrets, de décisions judiciaires... Parmi ces œuvres, aucun critère formel ne permet de séparer les publications de recherche des autres écrits ; il est arrivé qu'un manuel ou un précis destiné aux étudiants soit plus novateur et fasse davantage progresser la recherche juridique qu'une thèse ou un article. Pour le vérifier, il suffit de songer aux ouvrages de droit civil de Monsieur le Doyen Carbonnier, publiés par les Presses Universitaires de France. A l'inverse, bien des articles qui se présentent comme de véritables recherches conceptuelles ne sont que des descriptions du droit positif, des textes législatifs et de la jurisprudence ; leur première qualité est alors la fidélité, non l'innovation. Ce sont assurément des travaux utiles à la connaissance juridique. Pourtant, à

---

(4) Cette mission s'exerce parfois très directement ; il en fut ainsi - autre reconnaissance de la recherche juridique, mais nationale celle-là - pour M. le Doyen J. Carbonnier, pour M. le Doyen G. Cornu, ... lorsqu'ils rédigèrent de très importants avant-projets de réforme.

la simple lecture, tout juriste comprend qu'il n'a devant lui qu'un recensement, non un apport nouveau, une découverte. Le notable est que ce recensement, comme il advient aussi en physique ou en chimie, puisse être une première étape vers une découverte de première importance. Les exemples fourmillent de ces descriptions du droit positif qui ont permis, à d'autres qu'à leurs auteurs, de trouver une explication qui, jusque-là, faisait défaut, de proposer une qualification nouvelle, de déceler les insuffisances d'une qualification ancienne.

Il reste que la distinction n'est pas aisée entre l'*étude juridique de qualité*, simple rappel ou mise à jour, présentation améliorée de connaissances antérieures, et la *véritable recherche juridique* qui débouche sur une nouvelle explication, une nouvelle justification et aussi de nouvelles conséquences de la complicité, de la cause de divorce, des réserves à la livraison, de la rétroactivité des nullités... Dans les milliers de pages publiées chaque année en matière juridique, qui parmi nous aurait le courage d'opérer un classement entre ce qui restera comme un apport fondamental et ce qui sera oublié, voire utilisé pour une recherche véritable ?

#### **D - Une proposition.**

Les quelques réflexions qui précèdent expliquent, en partie, les difficultés que rencontre la recherche juridique pour se faire reconnaître comme telle.

Dans cette voie, un progrès pourrait être réalisé, sans retard et sans difficulté, si les chercheurs en droit acceptaient de reconnaître eux-mêmes leurs activités de recherche et de les distinguer de leurs autres travaux. Il leur serait aisé de faire précéder chacune de leurs publications d'un sommaire intitulé : *résultats de la recherche*. Ils y indiqueraient, en aussi peu de lignes que possible, ce qu'ils croient apporter de nouveau à la science juridique. Cet effort de clarification rendrait service à tous et ne jetterait aucun discrédit sur les œuvres moins originales dont l'utilité demeure certaine.

---





**LES TECHNIQUES DU JUGE ADMINISTRATIF  
DANS LA DÉTERMINATION  
DE LA CONSISTANCE DU DOMAINE PUBLIC**  
**Essai d'appréciation de certains concepts**

par J.-Y. CHEROT  
Assistant à la Faculté de Droit et de Science Politique d'Aix-Marseille  
Docteur en Droit

---



**Sommaire.**

*Le domaine public peut-être considéré comme une prérogative de puissance publique présente virtuellement dès qu'il y a service public. Dans cette optique un certain nombre de techniques jurisprudentielles peuvent jouer pour permettre d'étendre les règles de la domanialité publique. Sont étudiées ici les techniques qui sont fondées sur la recherche des « dépendances » d'un bien. Un ouvrage comporte des « dépendances nécessaires » ou des « accessoires indispensables », des « dépendances immédiates », « incorpore » des biens annexes qui peuvent être « indissociables » de cet ouvrage, sans compter qu'il est possible d'apprécier sa consistance de façon encore plus extensive dans la dimension verticale s'il est situé au niveau du sol.*

*L'étude fait apparaître que ces notions et techniques sont utilisées dans des situations différentes. Elle s'attache à montrer, en conséquence, leurs fonctions spécifiques.*

---

**Summary.**

« Le domaine public » may be considered as a prerogative of public authority which becomes evident as soon as there is a « service public ». Several jurisprudential techniques are brought into play. We are studying techniques which are based upon the search of the « dependances » of a property. We try to show their specific functions.

---

**Introduction.**

1 - La mise en œuvre du critère du domaine public : la règle de l'accessoire.

A - La notion de dépendance nécessaire ou d'accessoire indispensable.

B - La notion d'ensemble.

2 - La mise en cause du critère du domaine public.

2 - 1. La recherche de la consistance d'un bien : la notion d'incorporation.

A - La notion d'incorporation joue pour déterminer la consistance d'un bien.

B - La notion d'incorporation joue pour déterminer la consistance du domaine public.

2-2. La protection du domaine public : la notion de dépendances immédiates.

A - La notion de dépendances immédiates introduit un décalage entre le critère et la consistance du domaine public.

B - La notion de dépendances immédiates est un élément de mise en œuvre de la politique de gestion du domaine public.

2-3. L'empirisme du juge : l'extension du domaine public du sol vers le sous-sol.

A - La théorie de l'accession : critique d'une confusion.

B - L'empirisme du juge administratif : l'analyse des conséquences de la solution jurisprudentielle.

Conclusion générale.

---

Font partie du domaine public les biens qui, par leur nature ou configuration propre, ou par un aménagement spécial, sont exclusivement ou essentiellement adaptés à leur destination : l'affectation à l'usage de tous ou au fonctionnement des services publics (1). Or, le juge administratif (2) inclut dans le domaine public les « accessoires indispensables » ou les « dépendances nécessaires » ou les « dépendances immédiates » du domaine public, les biens « indissociables » du domaine public ou « incorporés » à des biens du domaine public, les biens qui « font partie d'une organisation d'ensemble » affectée, elle-même, aux services publics, ou encore les biens qui sont dans une certaine position géographique, par exemple ceux qui sont situés dans le sous-sol des voies publiques. La consistance du domaine public n'est plus déterminée à l'aide des termes du critère établi à cet effet ; bien au contraire, le domaine public semble n'avoir plus de critère et se définir par rapport à lui-même ! Quelle est la signification de cette démarche et la portée de ces notions ?

Leur objet est, a priori, très simple et ne devrait pas poser de problèmes théoriques délicats. Elles sont destinées à répondre à des questions que le juge administratif se pose très fréquemment quand il doit déterminer le champ d'application des règles de la domanialité publique, mais qu'à l'occasion il peut poser pour appliquer d'autres règles, chaque fois que les limites d'un ouvrage, ou plus généralement d'un bien sont difficiles à tracer avec précision. Quelques exemples illustreront le propos : si la voie publique fait partie, sans aucun doute, du domaine public, il est plus difficile de dire quels sont les ouvrages qui constituent la voie publique et notamment de juger si telle barrière implantée à proximité de la chaussée en fait partie. De même, si le juge administratif a reconnu que les Palais de justice étaient spécialement aménagés en vue du service public de la justice et qu'ils faisaient donc partie du domaine public (3), il est encore nécessaire de savoir quels sont les limites de cet immeuble, par exemple, si la buvette installée dans les locaux et donnée en location fait partie du Palais. Le juge cherche alors si la barrière ou la buvette constituent des « accessoires indispensables » de la voie ou du Palais, c'est-à-dire si elles sont liées par un lien de fonctionnalité à l'existence de la chaussée ou du Palais, à moins qu'elles ne constituent des « dépendances immédiates » du domaine public, c'est-à-dire qu'elles soient comprises dans un ensemble géographique affecté au service public. Les autres notions citées ont les mêmes fonctions. Ces notions qui jouent ainsi en marge du critère du domaine public n'ont pour objet que de déterminer la consistance d'un bien. A ce titre, elles ne permettent d'incorporer un bien au domaine public qu'indirectement, à travers la détermination de la consistance d'un bien incorporé au domaine public et ne sont pas spécifiques à la détermination (indirecte) du domaine public : elles devraient pouvoir jouer pour d'autres biens que les biens du domaine public. Mais cette fonction limitée permet-elle de tenir ces notions pour des techniques indifférentes pour la théorie du domaine public et pour l'étude du critère du domaine public ?

(1) Le critère est adopté par le Conseil d'État dans deux décisions : Ass. 19 oct. 1956, Société Le Béton, Rec 375, D. 1956, concl. Long, J.C.P. 1957, II 9765, note Blaevoet, G.A., et II mai 1959, Dauphin, Rec 294, S. 1959, 117 concl. Mayras, D. 1959 314, concl. Mayras, J.C.P. 1959, II, 11269, note de Lanversin, A.J. 1959, II 113, chr. Combarrous et Galabert, et 228 note Dufau.

Voir, L. de Gastines, La distinction jurisprudentielle du domaine public par rapport au domaine privé, D. 1978, chr. 250-256.

(2) Le juge administratif est seul compétent, dès qu'il y a difficulté, pour déterminer la consistance du domaine public, même si la solution n'emporte pas l'interprétation ou l'appréciation d'un acte administratif, Cass. civ. 31 octobre 1956, E.D.F. J.C.P. 1957 II 9916 ; C.E. 16 nov. 1960, Commune du Bugue, Rec. 527 ; voir encore, T.C. 28 avril 1980, A.J.D.A. 1980, 607.

G. Vedel a critiqué cette jurisprudence, note J.C.P. 1952, II 7312.

(3) T.A. Paris, 9 mai 1967, Brun, A.J.D.A. 1968, 353, note Dufau ; C.E. 23 oct. 1968, Epoux Brun, Rec. 503.

Il ne le semble pas car il n'y a pas de séparation tranchée du champ d'application du critère du domaine public et de ces notions marginales. Dans ces conditions l'étude de ces notions est à même de révéler certains problèmes posés par la détermination de la consistance du domaine public et notamment par l'application du critère. Que l'on ne s'attende pas, cependant, à voir poser des problèmes théoriques aussi difficiles que les problèmes posés par l'abandon ou la mise à l'écart du critère du domaine public dans d'autres hypothèses.

Les problèmes posés par l'emploi de ces notions ne sont pas, en effet, aussi théoriques que les problèmes posés par l'abandon du critère du domaine public dans d'autres hypothèses. On pense aux hypothèses où le juge administratif refuse d'appliquer le critère à des biens qui en remplissent les conditions et plus particulièrement à la règle qui conduit à n'appliquer le critère qu'aux biens appartenant (4) à l'État ou à une collectivité publique locale, ce qui exclut, d'une part, les biens des personnes privées (5), d'autre part, les biens des établissements publics (6). On peut difficilement rattacher cette règle à la théorie du domaine public ; un décalage inexplicable s'instaure entre la consistance et le critère du domaine public. L'évolution actuelle de la solution quant aux biens des établissements publics (7) ne fait que rendre plus sensibles les incertitudes théoriques sur ce point et plus intéressante à observer la réticence du Conseil d'État au contentieux (8). Mais on aurait tort de négliger les problèmes posés par l'application du critère du domaine public aux biens des personnes privées. D'une part, parce que la distinction entre personnes privées gérant un service public et établissement public est devenue ténue, d'autre part, parce que ces problèmes ont une incidence pratique et théorique importante. Rien de tel ne semble en cause dans l'emploi des notions étudiées ici.

Cependant, malgré la plus faible ampleur théorique du problème posé par l'abandon des termes du critère du domaine public dans l'incorporation au domaine public des « dépendances immédiates » ou « nécessaires » des « accessoires indispensables » et des biens « indissociables » du domaine public, on ne saurait éviter certaines questions. On ne peut pas, notamment, tenir pour définitive la distinction entre l'opération de détermination de la consistance d'un bien à laquelle seraient consacrées les notions étudiées et l'opération de détermination de la consistance

(4) Le Conseil d'État n'hésite pas à employer les termes de dépendances du domaine public *appartenant* à une collectivité publique, marquant par là qu'il reconnaît que le droit que ces collectivités détiennent sur leur domaine public est un droit de propriété. Sur cette question longtemps controversée, voir. A. de Laubadère, *Domanialité publique, propriété administrative et affectation*, *R.D.P.* 1950, 5.

(5) Voir, récemment, C.E. 22 juillet 1977, Ferré, *Dr. adm.* 1977, n° 341.

Il arrive, cependant, en cas de doute sur le titulaire de la propriété d'un bien, que le Conseil d'État présume son appartenance à une collectivité publique s'il réunit les conditions du critère du domaine public, voir, par exemple, C.E. sect. 28 juin 1963, Mousset, *Rec.* 412, *A.J.D.A.* 1963, 688, concl. Kahn : en faveur du caractère de dépendance du domaine public d'une canalisation destinée à évacuer les eaux de ruissellement retenues par le remblai d'un chemin de fer bien que cette canalisation passe sous un fond privé et alors qu'un doute subsistait sur la propriété du volume du passage de la canalisation.

(6) Du moins pour les biens qui ne leur ont pas été transmis par une collectivité publique C.E. sect. 2 juillet 1965, Société Lyonnaise des Eaux et de l'Éclairage, *Rec.* 184.

(7) Le Conseil d'État a admis le caractère de dépendance du domaine public pour les voies et parcs de stationnement d'un hôpital dans un avis du 28 avril 1977 (section sociale, *E.D.C.E.* 1977-78, 244, *A.J.D.A.* 1978, 586) et des ouvrages d'un aérodrome dans un avis de la section des travaux publics du 31 janvier 1978.

(8) Malgré les conclusions de D. Labetoulle, le Conseil d'État a préféré éviter de trancher cette question dans l'arrêt Lecoq rendu en Assemblée, le 3 mars 1978, *A.J.D.A.* 1978, 581.

Le T.A. de Paris a reconnu que la dalle de la défense à Paris, construite par et appartenant à l'Établissement Public pour l'aménagement de la région Défense (E.P.A.D.) faisait partie du domaine public ; mais en précisant que cette dalle était construite « dans le cadre de sa mission d'aménagement » dans laquelle il n'est que substitué aux communes, T.A. Paris, 18 septembre 1979, *E.P.A.D.*, *A.J.D.A.* 1979, n° 12, 36, note Y. Gaudemet.

des biens du domaine public à laquelle serait consacré le critère lui-même. Cette distinction est plus commode que contraignante : n'est-il pas possible de présenter un problème de définition du domaine public sous l'angle d'un simple problème de consistance d'un bien inclus dans le domaine public ? La façon de concevoir la consistance d'un bien ne pourrait-elle par permettre au juge, sans avoir à toucher au critère, ce qui serait malaisé et source de complications, de modifier, dans certaines situations, la consistance du domaine public ? Cette approche est d'autant plus probable que l'importance pratique des notions que l'on se propose d'étudier est loin d'être négligeable. Il suffit de penser que les limites de bien des ouvrages ne sont pas tracées avec certitude et que le développement de l'urbanisme intégré va accentuer le nombre et l'intérêt de l'application des techniques jurisprudentielles qui font l'objet de cette étude. La portée de ces notions et techniques du juge administratif est donc plus large que la simple opération de détermination de la consistance d'un bien. Aussi l'étude de ces notions et techniques a-t-elle permis d'observer un certain nombre de problèmes posés par l'application du critère du domaine public. Deux types de problèmes de nature différente sont posés : ces notions jouent deux rôles bien distincts.

D'une part, elles servent à préciser les techniques de mise en œuvre du critère, notamment les techniques d'appréciation de l'affectation à l'utilité publique afin de faciliter l'application du critère dans des situations complexes pour lesquelles les termes du critère ne sont pas, ou sont peu, adaptés.

D'autre part, elles servent à écarter les termes du critère, quand leur application produirait, malgré leur flexibilité, des conséquences que le juge administratif estime préjudiciables à une bonne administration.

On doit donc faire apparaître d'une part, la mise en œuvre du critère du domaine public, d'autre part, la mise en cause du critère.

### 1 - La mise en œuvre du critère du domaine public : la règle de l'accessoire.

Lorsque les termes du critère du domaine public ne sont pas employés pour justifier la solution relative à la consistance du domaine public, c'est parfois simplement parce que les termes sont peu adaptés à la situation. Sans remettre en cause les idées sur lesquelles repose le critère, le juge ne fait qu'utiliser, pour faciliter la recherche de l'affectation d'un bien à l'utilité publique, la règle de l'accessoire.

La règle de l'accessoire - l'accessoire suit le sort du principal - est une technique très répandue dans le système juridique et utilisée tant par le législateur que par le juge. Le droit administratif des biens lui fait une place importante dans la définition du travail public (9), pour la détermination des travaux pour lesquels est reconnue l'utilité publique (10), pour la détermination de la consistance du domaine public. Appliquée au domaine public, cette règle signifie que les biens accessoires à un bien principal faisant partie du domaine public sont aussi des dépendances du domaine public.

L'accessoire, à la différence du bien incorporé ou des « dépendances immédiates » est un bien ayant un lien fonctionnel étroit avec le bien principal. Le juge administratif dispose de plusieurs notions pour révéler ce lien de fonctionnalité, soit qu'il

(9) C.E. 21 janvier 1927, Cie générale des Eaux c/ Dame Vve Berluque, Rec. 94, D. 1928, 3, 57, note Blaevoet ; la construction de canalisations privées reliant un immeuble à des canalisations publiques constitue un travail public. Cette jurisprudence a sans doute perdu une partie de son intérêt depuis que le Conseil d'État admet qu'un travail fait pour le compte de particuliers puisse constituer un travail public s'il est accompli par une personne publique dans le cadre d'une mission de service public.

(10) L'utilité publique reconnue à une opération emporte reconnaissance de l'utilité publique pour les opérations qui en sont l'accessoire.

emploie les notions de « dépendances nécessaires » ou d'« accessoire indispensable », soit qu'il emploie l'expression « fait partie de l'organisation d'ensemble » qui permet au juge de rapporter un bien à un ensemble fonctionnel.

La règle de l'accessoire sert ainsi à déterminer, comme les notions d'incorporation ou de dépendances immédiates, la consistance d'un bien du domaine public. Mais cette présentation est insuffisante. Elle ne permet pas de révéler la dynamique même de la règle de l'accessoire dans la détermination de la consistance du domaine public. La règle de l'accessoire peut servir à résoudre exclusivement un problème relatif à la consistance d'un bien et notamment, comme la notion d'incorporation, pour permettre de savoir si l'usager d'une voie publique est un tiers ou un usager à l'égard de l'ouvrage proche de la voie qui le blesse (11). Mais elle est surtout utilisée pour déterminer la consistance du domaine public alors même que le critère du domaine public pourrait recevoir application. Si la règle de l'accessoire est utilisée de préférence aux termes du critère, c'est parce que les termes du critère sont mal adaptés aux situations concrètes.

En effet, à travers la révélation du lien de fonctionnalité entre le bien accessoire et le bien principal, la règle de l'accessoire n'est qu'une méthode pour simplifier la mise en œuvre du critère de l'affectation du bien au public ou aux services publics. En employant la règle de l'accessoire, le juge reconnaît que le bien accessoire participe, à travers le bien principal, à l'affectation. Il est toujours possible de montrer que là où le juge utilise la règle de l'accessoire, il pourrait appliquer aussi directement le critère de l'affectation à l'utilité publique et que l'utilisation de préférence de la règle de l'accessoire n'est donc qu'une méthode simplificatrice du juge. A l'inverse, il ne manque pas d'exemples où le juge a employé les termes du critère du domaine public alors qu'il aurait pu employer la règle de l'accessoire.

Ainsi, une maison éclusière est une dépendance du domaine public parce qu'elle est spécialement aménagée en vue de son affectation au service de la navigation alors que le juge pouvait tout aussi bien relever qu'elle était l'accessoire du canal du midi (12). De même, un quai édifié sur une section navigable de la Garonne est une dépendance du domaine public car il est spécialement aménagé au travail fluvial (13) alors qu'il est aussi un accessoire indispensable du domaine fluvial navigable. Une halle contiguë à l'hôtel de ville est une dépendance du domaine public communal car elle est « affectée au service public pour lequel elle a été spécialement aménagée » (14) alors que cette halle pouvait être considérée comme un accessoire indispensable de l'hôtel de ville (15).

La fonction limitée de la règle de l'accessoire tient à l'évolution du critère du domaine public. Dans le passé, alors que le critère du domaine public était très restrictif, limitant l'application des règles de la domanialité publique aux seuls biens affectés à l'usage de tous, la notion d'accessoire a pu servir à tourner l'application d'un critère si strict : plus qu'une règle de méthode, elle a ainsi constitué un critère autonome du domaine public, permettant l'incorporation dans le domaine public des immeubles affectés aux services publics, préfigurant ainsi l'évolution du critère

---

(117) Voir la jurisprudence citée plus bas, sous la notion d'incorporation.

(12) C.E. 28 novembre 1961, Nicoleau, *Rec.* 1045 ; voir aussi pour cette décision H. Charles, *Accessoire et domaine public, Mélanges Stassinopoulos* p. 190.

(13) C.E. 19 juin 1964, Monneret, *Rec.* 903.

(14) C.E. 9 janvier 1974, Nobes, *Rec.* 15.

(15) Voir aussi, C.E. 3 juin 1970, Cie du chemin de fer de Bayonne à Biarritz, *Rec.* 381, pour l'incorporation au domaine public d'un dépôt aménagé en vue de son affectation au service du chemin de fer.



jurisprudentiel (16). C'est l'évolution du critère du domaine public qui a changé l'utilité de la notion d'accessoire en même temps qu'elle a rendu moins nécessaire son utilisation.

Méthode simplificatrice dans la mise en œuvre du critère, la règle de l'accessoire n'est pas faite pour produire des effets étrangers au critère du domaine public. Mais ne va-t-elle pas permettre au juge d'apprécier extensivement la notion d'affectation ? On sait, en effet, que la mise en œuvre du critère laisse au juge administratif une marge d'appréciation importante, surtout, paradoxalement, quand les idées du critère sont précisées par des notions techniques destinées à les mettre en œuvre. Par exemple, alors que la doctrine a proposé et que le juge a admis que, parmi les biens affectés aux services publics, seuls les biens irremplaçables pour le fonctionnement du service seraient incorporés au domaine public et que ce caractère serait mesuré par l'aménagement spécial dont le bien peut faire l'objet, la notion d'aménagement spécial a été entendue si largement, jusqu'à comprendre la simple proximité du bien par rapport au service auquel il est affecté, qu'elle n'a pas joué le rôle initial de critère réducteur du domaine public (17). L'appréciation, non plus du caractère irremplaçable du bien, mais de l'affectation du bien à l'utilité publique, à l'aide de la règle de l'accessoire, ne va-t-elle pas subir la même loi d'interprétation extensive ? C'est nécessairement en venir à l'observation des termes mêmes de la jurisprudence.

Les notions de « dépendances nécessaires ou « d'accessoire indispensable » semblent marquer, par elles-mêmes, toute l'attention du juge administratif à ne pas étendre, par le biais de la règle de l'accessoire, la notion d'affectation. Il semble, à analyser les solutions jurisprudentielles, qu'il en va bien ainsi. La notion d'affectation peut cependant être conçue plus largement avec l'emploi de la notion d'ensemble fonctionnel.

#### *A - La notion de dépendance nécessaire ou d'accessoire indispensable.*

Le juge exige toujours l'existence d'un lien étroit de fonctionnalité entre le bien accessoire et le bien principal affecté à l'utilité publique au point d'exiger d'être en présence d'un accessoire indispensable ou d'une dépendance nécessaire.

Ainsi une barrière implantée dans un mur de soutènement d'un chemin communal par le propriétaire d'un hôtel en contrebas « se trouvait garantir la réalité de la circulation et constituait une dépendance nécessaire du chemin, donc une dépendance du domaine public » (18) et une digue « dès lors qu'elle a été aménagée pour servir de support à la route et qu'elle est un accessoire indispensable, appartient dans son intégralité, tant en profondeur qu'en surface, mais dans celle de ses parties qui ne sont pas directement utilisées pour la circulation, au domaine public de l'État » (19).

(16) P. Sandevor écrit : « au fur et à mesure que dans le courant du XIX<sup>e</sup> siècle s'étendait le champ de l'action administrative et que corrélativement se manifestait de plus en plus clairement la grande importance des services publics, la jurisprudence était amenée, en usant d'artifices divers, à dépasser le cadre strict de la thèse la plus étroite et poser certains jalons sur le chemin de la thèse extensive. C'est ainsi qu'en utilisant la théorie de l'accessoire ou la théorie des ouvrages publics un certain nombre de décisions reconnurent la domanialité publique de nombreux bâtiments ou constructions : églises, gares de chemin de fer, maisons des éclusiers des canaux, monuments et fontaines ». Article précité p. 88. Il cite, à l'appui de sa démonstration les décisions suivantes : C.E. 1 juin 1849, Pommier, *Rec.* 277, Cass. civ. 5 décembre 1838, Rougier, *S.* 1839, I, 33, *Rec.* 22 octobre 1900, Ville de Toulouse, *D.* 1903, I, 117, Cass. civ. 3 février 1904, François, *D.* 1904, I, 529.

(17) Voir P. Sandevor, La notion d'aménagement spécial dans la détermination du domaine public, *A.J.D.A.* 1966, 84 s.

(18) C.E. sect. 8 novembre 1946, Ville de Brides-les-Bains, *Rec.* 266, conclusions Odent.

(19) T.A. Nice, 27 déc. 1961, *Rec.* 859.

Le Conseil d'État a jugé inversement que « les ponts ne constituent pas des éléments accessoires des cours d'eau qu'ils traversent » (20), qu'un mur, édifié au-dessus d'un mur de soutènement de la voie publique, ne constitue pas une dépendance du domaine public dès lors que ses dimensions mêmes et son affectation exclusive à la clôture d'une propriété privée ne permettent pas d'y voir un simple accessoire de la voie et de la partie inférieure (21), qu'un mur, qui ne sert ni de soutènement de la voie publique, ni de mur de clôture d'un bureau de poste situé en retrait par rapport à la voie publique ne constitue pas une dépendance du domaine public (22), que ni une rigole d'arrosage faisant partie d'un réseau dont l'exploitation avait été confiée à la société des eaux de Marseille (23), ni une canalisation qui faisait partie du réseau municipal de distribution d'eau (24), ni un égoût le long du tracé d'une voie (25) ne constituent des dépendances nécessaires de la voie publique, qu'une cour et les murs qui la clôturent en bordure de chemins ne sont pas des accessoires nécessaires de ces chemins et ne sauraient faire partie du domaine public à ce titre (26).

Le Conseil d'État ne prend pas non plus en considération pour reconnaître un bien accessoire, le caractère futur et éventuel d'un lien d'utilité. Ne font ainsi pas partie du domaine public des terrains en nature de taillis et landes actuellement inutilisés mais susceptibles d'être nécessaires à l'aménagement d'une autoroute (27).

Ces solutions sont d'autant plus remarquables que le juge ne tient pas compte de la continuité matérielle d'un bien. Il distingue ainsi dans un même mur, diverses parties, en fonction de leur utilité et se réserve ainsi le droit de ne reconnaître l'incorporation au domaine public que d'une partie du mur.

Ainsi, après avoir distingué deux parties dans un mur édifié le long de la voie publique, une partie du mur servant de soutènement à la voie et une autre partie, celle du dessus, ayant pour objet principal, du fait de sa hauteur, de séparer le chemin des propriétés privées, le Conseil d'État décide que seule la partie inférieure est utile à la voie et incorporée au domaine public (28). L'opération intellectuelle permet de dissocier deux régimes juridiques. « Le point de vue du juriste doit prévaloir sur celui de l'architecte et du maçon » pouvait dire M. Kahn dans ses conclusions (29).

Le point de vue du juriste n'a pas prévalu dans une décision isolée du 28 janvier 1970, Consorts Philip-Bingisser (30) où le Conseil d'État juge, en l'espèce, que la dalle surmontant la voûte recouvrant « le canal de Champfleury qui participe au réseau d'assainissement de la ville d'Avignon » était « indissociable » de cette

(20) C.E. 27 mars 1964, Chervet, *Rec.* 300, *A.J.D.A.* 1964, 620, Note P. Laporte, *Rev. adm.* 1970, 298, note Liet-Veaux.

(21) C.E. 28 mars 1969, Dames Fevrier et Gatelet, *Rec.* 189, *A.J.D.A.* 1969, 359, concl. Kahn.

(22) C.E. 11 mai 1977, Commune de Domgermain.

(23) C.E. sect. 26 mai 1965, Société des Eaux de Marseille, *A.J.D.A.* 1965, 256.

(24) C.E. 13 juill. 1968, Commune de Gonfaron, *A.J.D.A.* 1968, 599.

(25) C.E. 16 novembre 1973, Commune de Saint-Brice-sous-Forêt, *Rec.* 647 : « considérant que la construction d'une voie n'entraîne pas, par elle-même, l'obligation d'établir un égoût le long de son tracé ». Dans cette décision et les deux qui précèdent le problème n'est pas de savoir si les ouvrages en cause sont incorporés au domaine public mais s'ils sont des éléments de la voirie, l'enjeu étant représenté par le régime de responsabilité à appliquer à l'usager de la voie publique dont l'accident trouve son origine dans l'ouvrage proche de la voie.

(26) C.E. 22 mai 1968, Commune d'Olmi Capella, *Dr. adm.* 1968, n° 210.

(27) T.C. 15 janvier 1979, Payan c/ Société des autoroutes du Sud de la France, *D.* 1979, inf. rap. 262.

(28) C.E. 28 mars 1969, Dames Fevrier et Gâtelet, précité.

(29) *A.J.D.A.* 1969, p. 360.

(30) *D.* 1970, J. 372, note Lachaume, *Rev. adm.* 1970, 297, note Liet-Veaux, *A.J.D.A.* 1970, chr. 349.

voûte et devait être considérée en conséquence, comme la voûte, qui « concourt à rendre le réseau d'assainissement propre à sa destination », comme une dépendance du domaine public communal. Le critère de l'indissociabilité (31) marque un recul de l'analyse juridique fonctionnelle devant les résistances du milieu physique. Ce que G. Liet-Veaux a dénoncé en termes très nets :

« Sans doute le Conseil d'État prend-il soin de souligner que la dalle est indissociable de la voûte. Sur le plan technique c'est peut-être exact. Mais sur le plan juridique c'est une erreur grave. Si je considère la voûte par en-dessous, j'y vois la couverture d'un canal ; si je la considère par en-dessus, j'y vois une dalle supportant des immeubles bâtis. Ce n'est pas du tout la même chose » (32).

Le juge semble attaché à cette opération intellectuelle purement juridique au point d'y recouvrir, et cela montre le caractère exceptionnel de l'arrêt Philip-Bingisser, pour distinguer deux parties d'un mur alors qu'il reconnaît à chacune de ces parties le caractère de dépendance du domaine public par accessoire (33).

Mais les notions de dépendances nécessaires ou d'accessoire indispensable ne sont pas les seuls termes utilisés par le juge pour renvoyer à la règle de l'accessoire. On peut, en effet, retrouver la règle de l'accessoire dans la technique par laquelle le juge incorpore un bien au domaine public en vérifiant qu'il est compris dans un ensemble, qu'il est un des éléments d'une organisation d'ensemble, l'ensemble étant lui-même affecté à l'utilité publique. La notion d'ensemble va jouer ici le même rôle que la notion d'accessoire indispensable. Elle est une des expressions que prend la règle de l'accessoire. Cependant la notion d'ensemble, semble permettre une appréciation plus laxiste de la notion d'affectation que la notion d'accessoire indispensable.

## B - La notion d'ensemble

La notion d'ensemble est illustrée par quelques grandes décisions du Conseil d'État comme par les propositions doctrinales des commissaires du gouvernement.

Elle est, à notre connaissance, utilisée pour la première fois par M. Long dans ses conclusions sur l'arrêt du Conseil d'État du 20 avril 1956, Ville de Nice (34). Plutôt que de chercher si les colonnes d'affichage installées sur la voie publique sont des accessoires indispensables de ces voies dans les grandes villes, il propose au Conseil d'État de considérer que les colonnes d'affichage, comme d'autres éléments,

(31) La notion d'indissociabilité apparaît ici pour la première fois et pour la dernière fois dans les arrêts du Conseil d'État. Elle sera utilisée dans une décision du T. A. de Paris, mais dans un autre but semble-t-il. 8 juin 1971, Ville de Paris, *A.J.D.A.* 1972, 169, note A. de Laubadère.

(32) *Rev. adm.* précitée, p. 298.

(33) C.E. 16 novembre 1960, Commune du Bugue, *Rec.* 527, *D.* 1961, J. 173, concl. Henry, *A.J.D.A.* 1960, I 184.

« Il est constant que le mur de soutènement du chemin constitue une dépendance nécessaire de ce chemin public dont il est accessoire indispensable ; qu'en ce qui concerne le mur de clôture... il résulte de l'instruction que la situation des lieux exige qu'un tel mur existe au-dessus du mur de soutènement pour assurer la sécurité de la circulation des usagers du chemin vicinal ; qu'il présente donc lui aussi le caractère d'une dépendance nécessaire dudit chemin ».

On peut se demander quel intérêt juridique peut présenter dans cette affaire la question de savoir si la partie supérieure du mur est ou non incorporée au domaine public dans la mesure où l'enjeu réside dans la compétence du maire pour demander aux propriétaires riverains de la voirie de démolir ou de restaurer le mur de clôture menaçant ruine. Le maire perd cette compétence si le mur de clôture appartient à la commune. Or, de toute façon, le mur de clôture se trouvant sur le mur de soutènement incorporé au domaine public, est, par présomption de l'article 552 du Code civil, propriété de la commune, présomption que se garderont bien de contester les propriétaires riverains ; voir C.E. 2 mars 1977, Consorts Sutra Barbier, *R.D.P.* 1977, 880.

(34) *R.D.P.* 1956, 578.

font partie d'un tout dans lequel il serait arbitraire de dissocier un élément :

« Vous avez tout récemment reconnu implicitement l'appartenance au domaine public des poteaux, pylones, candélabres, corbeilles à papier qui se trouvent sur la voie publique. La raison de décider... c'est l'idée que la voie forme un tout, et que font partie du domaine public, non seulement la chaussée et les trottoirs, mais aussi les égoûts, les accotements, les murs de soutènement, les bornes kilométriques et les poteaux indicateurs ».

La notion d'ensemble apparaît donc bien comme une technique destinée à faciliter la mise en jeu de la règle de l'accessoire tout en permettant de vérifier et de confirmer que la règle de l'accessoire est une méthode pour appréhender le lien d'affectation. Le Conseil d'État a utilisé cette technique en employant diverses expressions où apparaît toujours la notion d'ensemble. Cependant, comme on va pouvoir le constater, l'ensemble peut être parfois défini de telle façon que le lien d'affectation apparaît très distendu.

Dans quelques décisions, la notion d'ensemble joue de façon rigoureuse et satisfaisante.

Ainsi, des terrains qui « font partie intégrante de l'ensemble des ouvrages (digues, épis, clayonnages, perrés, terres-pleins, chemins) établis par l'administration pour la consolidation du confluent de la Dordogne et de la Garonne » doivent être regardés « comme constituant, à ce titre, une dépendance du domaine public » (35). Dans cette espèce, la prise en compte de la globalité de l'ensemble fonctionnel simplifie l'analyse juridique et ne fait que révéler l'utilité de chaque élément à travers leur contribution au tout.

Le tribunal administratif de Grenoble (36) a conclu à la domanialité publique de parcelles qui avaient été louées au Sieur Riandet à des fins d'exploitation agricole, mais qui étaient comprises dans « l'ensemble des terrains » aménagés en vue de l'exploitation d'un aéroport ouvert au public et qui avaient d'ailleurs fait l'objet en vue de la construction de l'aérodrome d'une expropriation pour cause d'utilité publique. La lecture de l'arrêt révèle que le juge applique en fait la règle de l'accessoire, les parcelles louées étant nécessaires à l'exploitation de l'aéroport, la location étant faite « sous certaines conditions ayant d'ailleurs trait à la circulation aérienne ». En l'espèce, la notion d'ensemble fonctionnel joue comme un révélateur de ce lien d'utilité entre les biens aménagés en vue de leur affectation au service public, c'est-à-dire « les bâtiments, leurs abords immédiats et les pistes d'envol » et les parcelles louées au Sieur Riandet.

L'utilisation de la notion d'ensemble est plus contestable dans la décision Société Le Béton (27). En l'espèce, le Conseil d'État a jugé que des terrains destinés à recevoir les installations d'un port fluvial industriel et qui étaient reliés à un ensemble portuaire complexe donné en concession à l'Office National de la Navigation pour assurer ce service d'utilité générale, ne peuvent pas être dissociés de l'ensemble fonctionnel du complexe portuaire bien qu'ils aient fait l'objet de contrat d'occupation privative. Le juge se contente de relever que « la partie des terrains que groupe le port industriel constitue l'un des éléments de l'organisation d'ensemble que forme le port de Bonneuil-sur-Marne ; qu'elle est, dès lors, au même titre que les autres parties de ce port, affectée à l'objet d'utilité générale qui a déterminé la concession à l'Office National de la Navigation de la totalité de ces terrains ».

(35) C.E. 18 novembre 1932, Oberlech-Clausen, Rec. 977.

(36) T.A. Grenoble, 4 février 1970, Riandet, Rec. 808.

(37) C.E. 19 oct. 1956, D. 1956, J. 684, concl. Long, A.J.D.A. 1956 II 472 et surtout, pour la critique en l'espèce de l'emploi de la notion d'ensemble, G. Liet-Veaux, *Rev. adm.* 1956, 617.

Cette décision est intéressante à plus d'un titre. On ne revient pas ici sur son apport principal, son apport à la définition du domaine public par introduction de la notion de service public et de la notion d'aménagement spécial. Elle montre aussi, comme les autres décisions que l'on a citées, le caractère simplificateur de la méthode globale : il n'est pas nécessaire de vérifier directement que les terrains donnés en location sont affectés au service public ; il suffit de chercher s'ils forment un élément d'un tout affecté lui-même au service public de la navigation. Elle confirme en outre que la règle de l'accessoire, mise en œuvre ici sous la forme de la méthode globale, concerne la recherche du lien d'affectation : le juge relève que les terrains ainsi affectés au service public de la navigation (du fait de leur insertion dans un ensemble fonctionnel) sont en même temps spécialement aménagés à cet effet. « Il résulte de l'instruction, que lesdits terrains ont fait l'objet d'installations destinées à les rendre propres à cet usage ». La combinaison, en l'espèce, de la règle de l'accessoire et de la notion d'aménagement spécial mérite d'être retenue car cette combinaison montre au plus haut point que la règle de l'accessoire, ce que l'on a essayé de montrer, n'est qu'un élément du critère du domaine public. Enfin, il faut relever que la notion d'ensemble conduit, en l'espèce, à affaiblir le lien d'affectation. L'ensemble fonctionnel est largement défini par le juge. Les terrains loués sont extérieurs à l'ensemble portuaire ; s'ils sont reliés au complexe portuaire, c'est en vue du fonctionnement de la Société Le Béton, sur sa demande et à ses frais. Tout au plus, les terrains concédés par l'Office sont-ils destinés, dans un futur éloigné à servir de base à la construction d'un port industriel. La solution est à l'opposé de celle qui prévaut habituellement : l'accessoire indispensable n'est jamais futur et éventuel (38).

### Conclusions.

La règle de l'accessoire est ainsi une méthode destinée à mettre en œuvre le critère de l'affectation à l'utilité publique. D'une façon générale, les notions techniques utilisées sont suffisamment rigoureuses pour qu'il n'y ait pas une application extensive du critère du domaine public et notamment une conception large de la notion d'affectation au service public.

La règle de l'accessoire est interprétée strictement. Quelques décisions contestables (arrêt Philip-Bingisser, arrêt Société Le Béton) ne peuvent remettre en question l'analyse d'ensemble. Souvent même la conception du juge administratif est si restrictive qu'on peut légitimement se demander s'il n'y a pas une atténuation de la notion d'accessoire marquée par l'emploi des notions de dépendance nécessaire ou d'accessoire indispensable. Comme l'ont fait remarquer certains auteurs, l'accessoire ne cesse-t-il pas d'être accessoire en devenant nécessaire ou indispensable ? En tout cas, c'est l'individualisation de l'accessoire qui tend à s'estomper.

Une enquête sur la conception de l'accessoire par le juge administratif poursuivie dans toutes les branches du droit administratif serait sans doute intéressante. Confirmerait-elle cette tendance restrictive ? On peut en douter en comparant l'emploi de la règle de l'accessoire dans la détermination de la consistance du domaine public avec l'utilisation de la règle de l'accessoire en droit privé (39).

D'autres techniques sont utilisées par le juge administratif. Elles n'expriment plus la règle de l'accessoire et ne sont plus destinées à mettre en œuvre le critère du domaine public. Elles aboutissent à une mise en cause du critère.

(38) Voir l'article de G. Liet-Veaux, *Rev. adm.* 1956, 617 et sa dénonciation de la notion d'affectation virtuelle en l'espèce.

(39) Voir G. Goubeaux, *La règle de l'accessoire en droit privé*, L.G.D.J. 1973.

## 2 - La mise en cause du critère du domaine public.

Les techniques qui ne relèvent pas de la règle de l'accessoire ne servent plus à la recherche de l'affectation à l'utilité publique. Conduisent-elles, pour autant, à mettre en cause le critère du domaine public ? Il n'est pas normal qu'il y ait des parties du domaine qui ne correspondent pas à sa définition. Aussi doit-on démontrer concrètement l'existence d'un décalage entre le critère et la consistance du domaine public. Cela n'est pas toujours le cas.

Cela n'est pas le cas quand le critère n'est pas appliqué parce qu'il n'a pas lieu de jouer, le juge étant confronté à une pure question de consistance d'un bien ; à cette hypothèse correspond la notion d'« incorporation ».

Le décalage apparaît quand le critère n'est plus appliqué parce qu'il produirait des conséquences préjudiciables à une bonne administration. le juge permet à l'administration de louer à des fins privatives des parcelles et ouvrages sis sur le domaine public et évite à l'aide de la notion de « dépendances immédiates » et de techniques équivalentes de faire des dépendances domaniales des mosaïques juridiques. Il prend aussi en considération des situations concrètes où l'application du critère présenterait plus d'inconvénients que d'avantages : l'empirisme du juge administratif prend le relais et apparaît dans les décisions où il se contente de considérer la situation concrète qui justifie à ses yeux la solution adoptée.

### 2 - 1. *La recherche de la consistance d'un bien : la notion d'incorporation.*

La notion d'incorporation, telle qu'elle est ici employée, ne doit pas être confondue avec la notion d'incorporation dans l'expression « incorporation au domaine public utilisée dans de très nombreuses décisions pour exprimer qu'un bien, qui répond au critère du domaine public, fait partie du domaine public comme pour des terrains qui, concédés à l'Office National de la Navigation, loués à une société et affectés « à l'objet d'utilité générale qui a déterminé la concession... se sont trouvés incorporés... dans le domaine public de l'État » (40). La notion d'incorporation ne concerne pas cette opération juridique d'incorporation au domaine public quand certaines conditions matérielles sont réunies, mais une simple incorporation matérielle d'un bien dans un autre bien. Elle est ainsi proche de la notion civiliste d'incorporation dans l'expression « immeuble par incorporation ».

C'est une notion technique destinée à mesurer la consistance d'un bien, d'une dépendance du domaine public. Comme les autres notions étudiées. Mais, à la différence des autres notions, la notion d'incorporation joue quand le critère du domaine public n'a pas lieu de jouer ; pour résoudre donc, à l'état pur, le problème de consistance d'un bien (A). C'est pourquoi, si le juge l'emploie, soit pour admettre, soit pour refuser l'extension du domaine public, le critère du domaine public n'est jamais en cause (B).

#### A - *La notion d'incorporation joue pour déterminer la consistance d'un bien.*

Avec la notion d'incorporation, la distinction, facile à concevoir, mais difficile à réaliser concrètement, entre la consistance d'un bien et la consistance du domaine public est parfaitement bien tranchée. La fonction de la notion d'incorporation et les critères mêmes de l'incorporation permettent de le montrer.

a - La meilleure preuve que la notion d'incorporation est destinée à mesurer exclusivement la consistance d'un bien, c'est qu'elle ne joue pas seulement quand il s'agit de déterminer la consistance du domaine public pour appliquer les règles de la

(40) C.E., Ass. 19 oct. 1956, Société Le Béton, précitée.

domanialité publique. La notion est utilisée, surtout, pour déterminer la consistance des voies publiques, non pour appliquer les règles de la domanialité publique, mais les règles de la responsabilité en matière de travaux publics.

On sait que le régime de responsabilité en matière de travaux publics est différent à l'égard de l'usager de l'ouvrage public cause du dommage ou du tiers à l'ouvrage, d'où l'importance de la question de savoir si on est en présence d'un tiers ou d'un usager. Question difficile quand l'usager d'une voie publique subit un dommage du fait d'un ouvrage situé à proximité de la voie (réverbère, par exemple) ou situé sous la voie (excavation). L'usager de la voie peut-il être considéré comme l'usager de cet ouvrage qui lui a causé un dommage ? Le juge répond par l'affirmative si l'ouvrage est matériellement inclus dans la voie publique : le Conseil d'État cherche si l'ouvrage cause du dommage n'est pas « incorporé à la partie du domaine public aménagé en vue de la circulation » (41).

b - Les critères de l'incorporation confirment bien cette fonction étroite de détermination de la consistance des voies publiques. Certes les décisions ne sont pas en nombre suffisant pour que l'on puisse détailler ces critères. On peut constater néanmoins que le juge est sévère pour admettre l'incorporation. Ce n'est que si l'ouvrage est situé sous la voie à une faible profondeur qu'il retient son incorporation à la voie, soit pour décider que l'usager de la voie est aussi usager de l'ouvrage (42), soit pour reconnaître sa compétence (43). Dans l'arrêt *Sieur Véricel*, rendu en section, il ne retient pas l'incorporation à la voie publique de tronçons de galeries souterraines situées à une dizaine de mètres de profondeur. On peut penser qu'avec ce critère principal relatif à la profondeur, la nature des voies, leur technique de construction devraient aussi entrer en ligne de compte pour apprécier l'incorporation. Mais il n'est pas nécessaire que le bien ait un lien de fonctionnalité avec le bien principal pour y être incorporé. Le juge administratif cherche toujours si le bien non incorporé à la voie n'est pas aussi une « dépendance nécessaire » ou un « accessoire indispensable » de la voie. Dans une décision de section du 26 mars 1965, *Société des Eaux de Marseille*, le Conseil d'État (44) relève que l'ouvrage en cause, en l'espèce une rigole d'arrosage « n'est pas incorporée à la partie du domaine public aménagée en vue de la circulation », d'une part, et « ne constitue pas une dépendance nécessaire de la voie », d'autre part. Dans la décision *Sieur Véricel*, le Conseil d'État écarte la domanialité publique d'ouvrages inclus dans le sous-sol d'une voie publique « compte tenu de leur profondeur et de leur destination », c'est-à-dire en vertu de l'application de la notion d'incorporation (profondeur) et d'accessoire (destination). Chacune d'entre elles aurait été suffisante pour faire admettre la domanialité publique des galeries souterraines situées sous la voie publique, mais aucune n'était présente en l'espèce.

La lecture de ces décisions montre clairement que le critère de l'accessoire et le critère de l'incorporation sont distincts et alternatifs. L'incorporation apparaît bien

(41) C.E. sect. 26 mars 1965, *Société des Eaux de Marseille*, *Rec.* 212.  
C.E. 13 juillet 1968, *Commune de Gonfaron*, *A.J.D.A.* 1968, 599.  
C.E. 23 octobre 1968, *Société des Eaux de Marseille*, *C.J.E.G.* 1969, J. 447.

(42) C.E. 15 janvier 1962, *Consorts Allamargeot*, *Rec.* 29, *C.J.E.G.* 1964, J. 36 ; voir aussi C.E. 23 octobre 1963, *Martin*, *C.J.E.G.* 1964, J. 124.  
C.E. 20 mai 1966, *Berenger et Caisse primaire de Sécurité Sociale des Bouches-du-Rhône*, *Rec.* 353.  
C.E. 27 novembre 1968, *Anciens établissements Veuve Brugeat et fils*, *Rec.* 605.  
C.E. 2 décembre 1970, *Société des Eaux de Marseille c/Sieur Del Corso*, *A.J.D.A.* 1971, 254, note *Moderne*.

(43) C.E. Sect. 17 déc. 1971, *Sieur Véricel*, *A.J.D.A.* 1972, 125 (a contrario).

(44) *A.J.D.A.* 1965, 256.

comme un critère indépendant de la règle de l'accessoire, suffisant en l'absence de lien fonctionnel, et la notion d'accessoire une notion destinée à mesurer la destination du bien (45).

La fonction de la notion d'incorporation, appliquée d'abord à déterminer la consistance des voies publiques pour appliquer, non les règles de la domanialité publique, mais les règles de la responsabilité en matière de travaux publics, montre qu'elle n'est pas destinée, par nature, à trancher une question relative à la consistance du domaine public.

Mais la notion a vocation aussi à jouer, indirectement, à travers la recherche de la consistance des ouvrages du domaine public, pour déterminer la consistance du domaine public. Les critères stricts de l'incorporation sont là pour montrer que si le juge se servait de la notion pour juger qu'un bien fait partie ou ne fait pas partie du domaine public, aucun décalage ne se produirait entre le critère et la consistance du domaine public.

### **B - La notion d'incorporation joue pour déterminer la consistance du domaine public.**

La notion d'incorporation a vocation à s'appliquer aussi à la recherche de la consistance du domaine public. Mais, en fait, peu de décisions l'emploient dans cette recherche. La raison en est simple : elle joue essentiellement à l'égard d'ouvrages inclus dans le sous-sol des voies publiques. Or, dès qu'il s'agit de la consistance du domaine public à partir du sol vers le sous-sol, le Conseil d'État dépasse la recherche de la consistance de l'ouvrage situé au niveau du sol, la voie par exemple, ou bien conçoit la consistance de l'ouvrage de façon très large pour étendre le domaine public à tout le sous-sol (voir la jurisprudence citée plus bas). L'introduction de la notion d'incorporation aurait pour effet de réduire l'extension du domaine public. C'est d'ailleurs pour cette raison que certains, dans la doctrine administrative, veulent l'introduire pour tenter de limiter une extension qu'ils jugent critiquable. Ce problème sera étudié plus longuement à sa place. On peut cependant noter déjà qu'ils ont été entendus par la section contentieuse du Conseil d'État dans l'arrêt *Sieur Véricel* (précité) dans lequel le Conseil d'État refuse d'étendre le domaine public à « des tronçons de galeries situés dans le sous-sol des voies publiques » dans la mesure où ils « n'étaient en rien, compte tenu de leur profondeur... des éléments de ces voies ». La notion d'incorporation n'est pas expressément utilisée, mais l'idée semble impliquée dans la rédaction puisque la profondeur est bien un des critères de l'incorporation.

La notion d'incorporation peut donc jouer pour refuser d'étendre le domaine public. Elle pourrait jouer inversement pour justifier l'insertion d'un bien dans le domaine public et l'extension des règles de la domanialité publique. On notera cependant que fondée sur des critères très stricts chargés de mesurer la consistance d'un ouvrage, elle ne peut remettre en cause le critère du domaine public. Bien au contraire, elle se présente comme un moyen, dans l'extension du domaine public vers le sous-sol, de faire respecter le critère du domaine public. Ce n'est plus le cas avec la notion de « dépendances immédiates ».

---

(45) La rédaction d'une décision est plus confuse. Dans l'arrêt du Conseil d'État du 2 décembre 1970, *Société des Eaux de Marseille c/ Del Corso* (A.J.D.A. 1970, 245, note F. Moderne), le juge précise qu'une canalisation est la fois incorporée à la voie et une dépendance nécessaire de cette voie alors qu'une seule de ces qualifications aurait suffi et alors qu'en l'espèce l'existence d'une relation fonctionnelle entre la canalisation d'eau appartenant au réseau de la société des Eaux de Marseille et la voie était plus que contestable. Voir observation F. Moderne sur ce point.



## 2 - 2. La protection du domaine public : la notion de « dépendances immédiates ».

Le juge emploie la notion de « dépendances immédiates » pour incorporer au domaine public un certain nombre d'emplacements privatifs dans les gares ou parcs de stationnement. Il a ainsi inclus dans le domaine public un stand vitrine sis 13, cours de Rome à la gare Saint-Lazare et « situé dans les dépendances immédiates de la gare » (46), les locaux à usage commercial situés dans la galerie marchande de la gare Montparnasse (47), les « locaux annexes situés dans les dépendances immédiates d'un parc de stationnement souterrain » (48), « une vitrine magasin dans le couloir souterrain dépendant de la station de métropolitain Franklin Roosevelt » (49).

A moins de considérer ces stands, buffets et autres installations comme des éléments fonctionnels pour l'utilisation des gares ou parcs souterrains, ce qui semble excessif, on doit remarquer que ces solutions sont loin d'être des applications de la règle de l'accessoire, ce que le juge marque de façon très nette en abandonnant les termes de « dépendance nécessaire » et en utilisant les termes de « dépendances immédiates ». Un décalage est introduit entre le critère et la consistance du domaine public (A). Il est donc important d'en comprendre la portée (B).

### A - La notion de dépendances immédiates introduit un décalage entre le critère et la consistance du domaine public.

Dans la notion de dépendances immédiates, il y a, comme dans la règle de l'accessoire, la mise en cause d'un ensemble. Les dépendances immédiates sont toujours situées dans un ensemble domanial. Ce point de vue sera confirmé par l'analyse des critères des dépendances immédiates. Mais, alors que dans la mise en œuvre de la règle de l'accessoire, il s'agit d'un ensemble fonctionnel, avec la notion de dépendances immédiates, il s'agit d'un ensemble purement géographique. Cette différence est très nette si l'on compare la notion d'ensemble dans la mise en œuvre de la règle de l'accessoire avec la notion d'ensemble utilisée dans quelques décisions où le juge se rattache au courant jurisprudentiel des dépendances immédiates et, où, sans employer expressément les termes de dépendances immédiates, il considère un ensemble purement géographique : pour inclure dans le domaine public, par exemple, soit le terrain sur lequel est construit le buffet de la gare de Belleville-sur-Saône car ce terrain est compris dans les terrains sur lesquels est établie, avec ses dépendances, la gare de Belleville-sur-Saône (50), soit la parcelle louée à la Dame Leclerc et qui « a été comprise entre 1881 et 1889 dans les dépendances de la gare de Belloy-en-France » et qui « a ainsi fait partie à cette date du domaine public » (51).

Aussi faut-il critiquer la notion de « domanialité globale » proposée par P. Alline (42) dans la mesure où l'auteur veut y inclure les deux séries d'hypothèses, celles relevant de la règle de l'accessoire, celles relevant de la notion de dépendances immédiates.

Bien distincte des techniques de la règle de l'accessoire, la notion de dépendances immédiates n'est pas un moyen d'établir, comme l'est la règle de l'accessoire, le lien d'affectation ; elle n'est pas un élément du critère du domaine public.

(46) C.E. 8 janvier 1960, sieur Lafon, Rec. 16, *A.J.D.A.* 1960, II, 183 note Gardies.

(47) C.E. 18 janvier 1963, Baud et autres, Rec. 32, *R.D.P.* 1963, 808 et C.E. 29 janvier 1964, sieur Cailion et S.A. Montparnasse Pressing, *A.J.D.A.* 1964, 377, note Laporte.

(48) C.E. 24 janvier 1973, Spiteri et Époux Krehl, Rec. 65, *A.J.D.A.* 1973, 496, note Dufau.

(49) C.E. 4 juin 1976, Bosch, Rec. 294, *R.D.P.* 1977, 236.

(50) C.E. 15 mai 1957, Allard-Jacquain, *R.D.P.* 1957, 725, *A.J.D.A.* 1957, II, 254.

(51) C.E. 22 nov. 1967, Leclerc, Rec. 434.

(52) « Domanialité publique et ouvrages complexes, *A.J.D.A.* 1977, 533-534.

Elle conduit, au contraire, très directement à dépasser les conséquences qu'entraînerait l'application du critère du domaine public. Sous prétexte de déterminer les dépendances d'un bien inclus dans le domaine public, sa consistance, notamment la consistance des gares ou des parcs de stationnement, le juge introduit un décalage entre le critère et la consistance du domaine public. Appliqué à des ouvrages qualifiés de dépendances immédiates, le critère du domaine public aurait conduit à les inclure dans le domaine privé car ils ne sont pas affectés à l'usage du public ou aux services publics. Aussi faut-il s'interroger sur la portée de la notion de « dépendances immédiates ».

**B - La notion de dépendances immédiates est un élément de mise en œuvre de la politique de gestion du domaine public.**

Le décalage entre le critère et la consistance du domaine public est cependant justifié par l'évolution même de la théorie du domaine public (a). La fonction étroite de la notion de dépendances immédiates est d'ailleurs confirmée par l'analyse des critères de la notion et de ses équivalents fonctionnels (b).

a - Ce décalage est justifié par la nécessité de ne pas sanctionner, par une sortie du domaine public du bien loué à des fins privatives, la politique de gestion de son domaine par l'administration. On sait que le juge administratif autorise l'administration à exploiter de façon patrimoniale, à des fins purement financières, son domaine public, tant que cette exploitation est compatible avec l'affectation à l'utilité publique (53). Avec la notion de dépendances immédiates, il ne fait que tirer les conséquences de cette attitude. Dans ses conclusions sur la décision du 8 janvier 1960, sieur Lafon (précitée), le commissaire du gouvernement confirmait bien cette interprétation : il importe à la bonne gestion du domaine public que les collectivités publiques permettent « les utilisations privatives propres à améliorer l'exploitation de leur domaine public sans qu'automatiquement les parcelles faisant l'objet d'une telle concession ou autorisation sortent du domaine public ». D'ailleurs, en dehors des avantages que cette solution procure à l'administration, l'unité de gestion est aussi bonne en soi : une autre solution ferait de chaque gare, par exemple, « une mosaïque de parcelles enchevêtrées qui relèveraient les unes du domaine public, les autres du domaine privé, et dont la gestion deviendrait pratiquement impossible » (54).

b - Cette fonction est vérifiée par l'utilisation rigoureuse de la notion de dépendances immédiates qui ne s'applique qu'à des biens inclus dans l'ensemble que forme la dépendance domaniale. Ainsi, le Conseil d'État, à l'instigation de son commissaire du Gouvernement, M. Galmot, a préféré utiliser la notion d'aménagement spécial plutôt que la notion de dépendances immédiates pour juger que le parc de stationnement situé sous l'hôtel Terminus proche de la gare de Lyon-Perrache était incorporé au domaine public. La notion de dépendances immédiates lui paraissait inadaptée à l'espèce parce que le parc de stationnement était situé en dehors de la gare (55).

La légitimité de l'utilisation de cette notion de dépendances immédiates dans cette fonction de protection du domaine public résulte de ce qu'elle n'est même pas toujours indispensable et que le juge a à sa disposition une technique qui en constitue l'équivalent fonctionnel et qui, utilisée sans excès, ne fait l'objet d'aucune critique.

(53) Le domaine public est « un bien dont l'administration doit assurer dans l'intérêt collectif la meilleure exploitation », conclusions Chenot sur C.E. sect. 5 mai 1944, Compagnie maritime de l'Afrique Orientale, S., 1945, III, 15. L'administration peut avoir un but purement financier dans la gestion de son domaine public : C.E. 2 mai 1969, Société d'Affichage Giraudy, rec. 238, A.J.D.A. 1970, 110 note A. de Laubadère.

(54) Galmot, concl. sur C.E. 5 février 1965, Société Lyonnaise des Transports, R.D.P. 1965.

(55) C.E. 5 février 1965, Société Lyonnaise des Transports, précitée.

En effet, quand pour protéger le domaine public, le juge doit qualifier le contrat d'occupation d'une parcelle domaniale de contrat d'occupation du domaine public, il n'a pas besoin de qualifier cette parcelle de dépendance immédiate ; il lui suffit de concevoir un peu abstraitement la notion d'occupation du domaine public : l'occupation des emplacements privatifs insérés dans les gares ou dans les jardins publics emporte nécessairement occupation du domaine public environnant. Le juge a d'ailleurs eu recours à cette technique pour qualifier de contrat administratif les contrats d'occupation de divers ouvrages, kiosques, buvettes, cafés-restaurant, situés dans les jardins publics alors qu'il aurait pu employer la notion de dépendances immédiates. C'est ainsi que, sans se prononcer sur la domanialité publique d'un kiosque à gâteaux dans le Jardin des Plantes à Paris, le juge se contente de remarquer que le bail du kiosque étant venu à expiration et n'ayant pas été renouvelé, le locataire « s'est trouvé occuper sans droit ni titre la partie du domaine public où était installé son établissement » (56).

L'abstraction peut cependant être poussée trop loin et tomber sous le coup des critiques comme cela a été le cas dans l'arrêt Consorts Philip-Singisser (57) où le juge décide que le contrat d'occupation d'un immeuble loué par la ville d'Avignon et utilisé à usage de café-bar par les consorts Philip-Bingisser était un contrat d'occupation du domaine public car l'immeuble était construit sur une dalle appartenant au domaine public et que l'occupation de l'immeuble emportait occupation de la dalle (58).

### Conclusion.

La place de la notion de dépendances immédiates est cependant extrêmement réduite. Destinée à s'appliquer aux emplacements privatifs qui sont loués à des particuliers, elle est souvent sans objet car ces emplacements, qui étaient à l'origine affectés au public ou aux services publics, n'ont pas, pour autant, avec leur nouvelle affectation, été désaffectés formellement. Dans ces conditions, le juge doit appliquer une règle jurisprudentielle constante selon laquelle, en l'absence de tout acte formel de déclassement, un bien rangé dans les dépendances du domaine public continue à conserver ce caractère même s'il n'est plus affecté au service public.

Le juge décide ainsi que des locaux situés sous les arcades d'un hôtel de ville et exploités commercialement font partie de l'hôtel de ville et sont incorporés au domaine public parce « que si, en 1951, date de la première concession, ces locaux avaient cessé d'être utilisés par la ville depuis quelques années, il est constant qu'auparavant, et depuis 1901, ils étaient affectés à des services publics communaux ; qu'en l'absence d'une mesure expresse de déclassement les concernant spécialement, ces locaux continuaient... à constituer une dépendance du domaine public communal » (59).

Cette jurisprudence a été appliquée pour reconnaître l'appartenance au domaine public d'une plate-forme sur laquelle reposait une ancienne ligne de che-

(56) C. E. 23 novembre 1963, Meillier ; voir aussi pour l'occupation d'un ouvrage militaire situé sur une pinède ouverte au public, C. E. 18 juin 1969, Dame Vial, Rec. 315 ; pour l'occupation d'un café-restaurant dans le bois de Boulogne à Paris, C. E. 23 février 1979, Gourdain, Rec. 78, *Dr. adm.* 1979, n° 127.

(57) Décision précitée.

(58) Cette solution est d'autant plus critiquable que la domanialité publique de la dalle pouvait aussi être contestée, voir plus haut.

(59) C. E. 17 mars 1967, Ranchon, *A.J.D.A.* 1967, 416, note Dufau.

min de fer qui n'est plus exploitée (60) ou encore de locaux situés à l'intérieur de la gare Montparnasse à Paris dans un secteur qui n'a fait l'objet d'aucune mesure de déclassement (61).

La notion de dépendances immédiates ne peut donc jouer que dans les situations où un déclassement a eu lieu ou dans les constructions nouvelles.

La volonté de protéger le domaine public n'est pas exclue dans les solutions plus empiriques du juge relatives à l'extension du domaine public du sol vers le sous-sol.

### 2 - 3. *L'empirisme du juge : l'extension du domaine public du sol vers le sous-sol.*

L'extension du domaine public du sol vers le sous-sol est automatique. Le juge ne considère que la position d'un ouvrage ou d'un volume. Le système est révélé avec particulièrement de netteté dans l'arrêt Dame Gautheron (62) dans lequel le Conseil d'État décide que la partie d'un conduit de drainage passant sous la voie publique « dépendait, *du seul fait*, qu'elle était creusée dans le sous-sol de la route nationale... du domaine public ».

Le juge décide ainsi qu'une excavation provoquée par un affaissement du terrain au bas de la falaise et se trouvant au-dessous d'un jardin public constitue « une dépendance de cet ouvrage public » (63). Font partie du domaine public, une galerie souterraine donnant accès aux champignonnières situées dans le sous-sol de la voie communale classée dans le domaine public (64), une voûte située sous la gare de Lyon Saint-Paul (65), une galerie qui « doit être regardée comme une dépendance de la voie publique, au-dessous de laquelle elle est édiflée » (66), un emplacement situé sous le hangar des machines de la gare de Saint-Four (67), une canalisation d'égoût située dans le sous-sol d'une voie départementale (68).

L'extension automatique du domaine public du seul fait de la position d'un ouvrage ne joue que dans le sens du sol vers le sous-sol. Le mécanisme d'extension verticale ne joue plus dans le sens du sous-sol vers le sol. Un terrain qui recouvre un bien incorporé dans le domaine public n'est pas considéré comme une dépendance du domaine public du seul fait de sa position (69).

Il suffit au juge de considérer la position de l'ouvrage ou du volume dans le sous-sol. Il ne recherche pas si les conditions du critère du domaine public sont réunies. Bien sûr il est en présence d'une difficile question de détermination de la consistance des voies ou jardins publics vers le sous-sol. Mais les termes de dépendances nécessaires ou d'incorporation ne sont-ils pas suffisants ? Il est vrai que s'il faut protéger les voies publiques, il est particulièrement important d'assurer à l'administration la maîtrise du fond sur lequel elles reposent ; et la notion de dépendances immédiates ne semble pas appropriée techniquement à la situation.

(60) T.A. Nantes 23 juin 1954, Sté des Forges d'Hennebont c/ Cie des chemins de fer du Morbihan, *A.J.D.A.* 1955, 116.

(61) C.E. 24 novembre 1965, Société des Établissements George Jacob, *Dr. adm.* 1965, n° 398.

(62) C.E. 28 mai 1971, Dame Gautheron, *A.J.D.A.* 1971, 687, chr. Labatoulle et Cabanne, *A.J.D.A.* 1972, 97 s. *G.P.* 1972, I, 6, note F. Moderne.

(63) C.E. 6 janvier 1971, Louvet, *A.J.D.A.* 1971, 678, note F. Moderne.

(64) C.E. sect. 26 novembre 1937, Préfet du Maine et Loir c/Lafon, *Rec.* 971.

(65) C.E. 25 avril 1951, Pépin.

(66) C.E. 15 juillet 1957, Dayre, *Rec.* 492, *A.J.D.A.* 1957, II, 844.

(67) C.E. sect. 20 juin 1958, S.N.C.F., *Rec.* 367.

(68) C.E. 3 juillet 1970, Ville de Léon c/ Reverdy, *Rec.* 461.

(69) C.E. 21 nov. 1861, Boullerne, *Rec.* 835 et 16 mai 1902 Regnaudin, *Rec.* 375.

Ce qui rend néanmoins difficile l'interprétation de ces solutions c'est qu'elles sont purement et simplement proposées sans référence à une notion qui mettrait sur la voie d'une explication. A la recherche d'un concept explicatif, certains auteurs ont proposé la notion d'accession. Heureuse démarche, mais mauvaise interprétation ?

L'explication est plus simple. L'analyse des conséquences de la solution retenue permet de montrer qu'elle procède de l'empirisme du juge administratif.

#### A - La théorie de l'accession : critique d'une confusion.

##### a - La notion d'accession : sa non pertinence a priori.

La notion d'accession est une notion civiliste relative au droit de propriété. Elle est consacrée par les articles 546 et s. du Code civil. L'article 552 qui intéresse, en l'espèce, les publicistes dispose que : « la propriété du sol emporte la propriété du dessus et du dessous ». Il pose ainsi une simple présomption qui permet d'étendre, par accession, le droit de propriété du sol à tout l'espace qui le soutient et qui le surplombe.

A ce titre, comme théorie relative à la propriété, la notion d'accession est reçue dans le droit de la domanialité publique. Tout à fait naturellement, la domanialité publique s'analysant comme un droit de propriété de l'administration (70), elle produit les effets attachés à tout droit de propriété, dont l'accession (71) : l'administration propriétaire du sol sera également, sauf preuve contraire (72), propriétaire du sur-sol et du sous-sol. On peut faire valoir contre cette solution une décision ancienne (73) où le Conseil d'État refuse d'appliquer l'article 552 du Code civil sous prétexte qu'il ne concerne que les relations entre les héritages privés, mais elle est en contradiction avec les conceptions actuelles de la domanialité publique et donc caduque.

La notion d'accession est ainsi bien établie dans le droit de la domanialité publique. Mais pour une fonction déterminée : permettre l'extension de la propriété de l'administration. On ne saurait l'utiliser à d'autres fins, notamment à l'extension du domaine public. Si on peut déduire la propriété de la domanialité publique, on ne peut déduire la domanialité publique de la propriété des collectivités publiques. Ce serait ruiner la théorie de l'affectation à l'utilité publique sur laquelle repose la notion de domaine public et abolir la distinction entre domaine public et domaine privé. Ce serait admettre, comme l'écrit Y. Gaudemet, que « des biens fassent partie du domaine public alors qu'ils ne réuniraient pas les éléments constitutifs de celui-ci, ce serait admettre qu'il existe des parties du domaine public qui ne répondent pas à sa définition (74). Ce serait admettre surtout une extension contraire à la théorie de l'affectation sans autre raison que le recours à une théorie non pertinente, la théorie de l'accession.

(70) Voir A. de Laubadère, *Domanialité publique, propriété administrative et affectation*, *R.D.P.* 1950, 5-28 ; traité, tome 2, n° 239 s.

(71) « La domanialité publique produit les effets accessoires de la propriété, et notamment l'accession » lit-on dans les conclusions de M. Long sous C.E. 20 avril 1956, Ville de Nice, *R.D.P.* 1956, 577.

(72) Cette preuve contraire sera difficile à apporter pour les volumes du sous-sol incorporés au domaine public. Que l'on prenne le cas des caves situées sous la voie publique, même partiellement : soit la cave a été aménagée avant la création de la voie publique et l'on considère que la propriété a été transférée à la collectivité publique lors de l'expropriation du sol ou du redressement de la voie (C.E. 26 nov. 1937, *Rec.* 971), soit la cave a été aménagée après la création de la voie publique et son installation sur une dépendance du domaine public ne peut résulter que d'une permission de voirie précaire et révocable. L'occupant de la cave ne pourrait opposer de droit à l'administration que si la cave construite après la construction de la voie publique a été aménagée avant l'Edit de Moulins de 1566 époque à laquelle la règle de l'inaliénabilité ne peut être opposée (C.E. 5 août 1901, *Rec.* 775).

(73) C.E. 11 mai 1883, Chamboredon et Brahic c/ Chemins de Fer P.L.M., *Rec.* 480, concl. Levavasseur de Pricourt, S. 1885, 3, 25.

(74) La superposition des propriétés privées et du domaine public, *D.* 1978, du 294 mai. Aussi G. Liet-Veaux note *C.E.* 13 juill. 1965 *Rev. Adm.* 1965, 376.

Mais n'y a-t-il pas d'autres méthodes pour réintroduire la notion d'accession dans la recherche de la consistance du domaine public ? Deux méthodes, utilisées par certains auteurs, doivent être rejetées.

*b - La réception indirecte de la notion d'accession dans la détermination de la consistance du domaine public : critiques.*

Il y a deux méthodes pour réintroduire la notion d'accession dans la détermination de la consistance du domaine public. D'une part, à l'aide de la notion de consistance des ouvrages du domaine public ; d'autre part, à l'aide de la règle de l'accessoire. La critique de ces deux approches permet de préciser un certain nombre de points.

D'une part, on peut penser que si l'accession n'est évidemment pas un critère direct du domaine public, c'est un critère relatif à la consistance des ouvrages du domaine public se trouvant au niveau du sol ; qu'ainsi, indirectement elle concerne la consistance du domaine public.

Ce raisonnement repose sur deux erreurs : la première est que l'accession ne concerne pas la consistance des voies publiques. La seconde est qu'il ne saurait y avoir identité de principe entre la consistance des ouvrages du domaine public et la consistance du domaine public.

Le Conseil d'État, dans une décision ancienne et isolée, a considéré « qu'en vertu des dispositions de l'article 552 du Code civil, la voie publique comprend non seulement le sol sur lequel elle repose, mais également le sous-sol et l'espace qui le surplombe » (75). L'accession serait ainsi un élément destiné à mesurer la consistance des voies publiques. Mais il s'agit d'une rédaction contestable. Il est nécessaire de distinguer l'extension de la propriété de l'administration à partir du sol, ici à partir des voies publiques et la question de la consistance de la voie. La meilleure preuve en est que lorsque le juge doit trancher une question relative à la consistance de la voie publique, notamment pour déterminer si l'usager de la voie est aussi usager d'un ouvrage situé dans le sous-sol et qui provoque un dommage, il utilise la notion restrictive d'incorporation ou/et la notion d'accessoire indispensable : si l'ouvrage situé dans le sous-sol est situé à une profondeur trop grande ou s'il n'est pas un élément indispensable à l'utilisation de la voie, il n'est ni incorporé, ni un accessoire indispensable de la voie publique (voir la jurisprudence citée plus haut).

Mais admettons la rédaction de la décision du 3 mai 1931, et avec elle que la consistance de la voie publique puisse être déterminée grâce à la notion d'accession : la consistance d'un bien est tout le bien tel qu'il fait l'objet de la propriété de l'administration. On ne pourrait pas en déduire, pour autant, l'appartenance au domaine public de toute la voie publique avec ses dépendances vers le sous-sol. Le Conseil d'État est très strict sur la présence de l'affectation à l'utilité publique : un simple acte formel de classement d'un bien dans le domaine public ne suffit pas pour permettre son incorporation au domaine public ; il faut encore que ce bien ait reçu une affectation matérielle : qu'il soit effectivement mis au service du public ou qu'il concoure au fonctionnement des services publics (76). Dans ces conditions, même si on considère qu'à la suite du classement des voies publiques dans le domaine

(75) 3 mai 1931, Cie nouvelle des chalets de commodité, Rec. 491.

(76) Voir C.E. 15 juin 1932, Veuve Lafitte et Vignes, Rec. 587.

C.E. sect. 21 décembre 1956, S.N.C.F. c/ Époux Giraud, Rec. 492, R.D.P. 1957, 55, conclusions Heumann. C.E. 20 juin 1958, Dame Prache, Rec. 366, G.P. 1958, 2, 190.

Il faut remarquer en sens contraire qu'en l'absence de tout acte formel de déclassement, un bien rangé dans les dépendances du domaine public continue à conserver ce caractère même s'il n'est plus affecté en fait au service public.

public, c'est l'ensemble de la voie et de ses dépendances qui fait l'objet du classement, cela ne permettrait pas l'incorporation de tout le bien dans le domaine public si une partie du bien ne reçoit pas d'affectation au public ou aux services publics, surtout si la consistance de ce bien est appréhendée de façon extensive.

On ne saurait donc étendre le domaine public sur la base de la théorie de l'accession en se servant de cette notion de consistance de l'ouvrage. On ne saurait le faire non plus en se servant de la règle de l'accessoire.

D'autre part, en effet, pour certains auteurs la règle de l'accessoire fonde la réception de la notion d'accession comme critère du domaine public. Ne retrouve-t-on pas, avec la notion d'accession, l'application traditionnelle, à peine déformée, de la règle de l'accessoire dans la détermination de la consistance du domaine public ? H. Charles, ainsi, construit son interprétation de la jurisprudence sur l'idée d'une continuité entre l'accessoire et l'accession (77).

En effet, la notion d'accession n'est pas sans lien avec la règle de l'accessoire. L'institution de l'accession peut-être présentée comme une des nombreuses applications de la règle de l'accessoire, en l'espèce une application au droit de propriété. Cela est d'ailleurs contesté ; l'institution de l'accession ne serait tout au plus qu'une application dégradée de la règle de l'accessoire, tant, dans l'accession, l'accessoire est compris de façon extensive.

Mais déduire de la réception de la règle de l'accessoire dans la détermination de la consistance du domaine public la validité de l'institution de l'accession, c'est oublier que l'accession n'est réservée qu'à l'extension du droit de propriété et faire comme si la règle de l'accessoire était propre à la définition du domaine public au point que toutes ses applications pouvaient être reçues sans difficultés comme critère du domaine public. Il est donc impossible de jouer sur le mot d'accessoire pour faire admettre l'accession.

On ne peut donc pas tirer de conséquences de la théorie de l'accession sur la consistance du domaine public. Il n'est pas question de pouvoir comparer les conséquences de la théorie avec les solutions jurisprudentielles : pas plus qu'elle ne peut être confirmée par l'analyse de la jurisprudence, la notion d'accession ne peut être infirmée par la jurisprudence. Le juge ne peut pas, ne doit pas rechercher la consistance du domaine public à l'aide de la notion d'accession. Mais le fait-il ?

Rien ne le laisse supposer puisque, à l'exception d'une décision ancienne (précitée), il n'emploie pas la notion d'accession pour étendre le domaine public, et que, par ailleurs, la comparaison retrouve ici un sens, toutes les conséquences supposées de la théorie de l'accession sur la consistance du domaine public ne sont pas admises ; notamment, toute la jurisprudence relative à l'extension du domaine public du sol vers le sur-sol procède de principes restrictifs ; tout le sur-sol des voies publiques n'est pas automatiquement incorporé au domaine public (78). Cela mon-

(77) Accessoire et domaine public en droit administratif français, *Mélanges Stassinopoulos*, 1974, 187-199.

(78) Il est vrai que dans de nombreuses décisions, le juge n'a pas hésité à étendre automatiquement le domaine public aux ouvrages situés au-dessus des voies publiques ou jardins publics sans qu'un lien de fonctionnalité puisse être établi entre l'ouvrage et la voie ou le jardin public. Le juge a ainsi reconnu que les chalets, kiosques ou divers ouvrages édifiés sur le domaine public et utilisés à des fins privatives par des locataires des personnes publiques devaient être regardés comme des dépendances du domaine public : pour le chalet édifié sur le parc toulousain lequel est incorporé au domaine public de la ville de Toulouse, C.E. sect. 13 juillet 1961, Dame Lauriau, *A.J.D.A.* 1961, chr. Galabert et Gentot, 461 s. ; pour le chalet buvette édifié sur le pont d'Austerlitz à Paris, C.E. 13 mai 1964, Dame Veuve Haupais, *R.D.P.* 1964, 852.

Mais le sens de ces décisions ne doit pas être dénaturé. Elles ne signifient pas que tous les volumes situés au-dessous des voies publiques ou autre portion du domaine public soient, de ce seul fait, incorporés au domaine public. Leur but est d'assurer la conservation des voies publiques et jardins publics. Le juge étend le domaine public autant que cela est nécessaire pour assurer la précarité des occupations des dépendances domaniales. Cette jurisprudence est à rapprocher dans ses buts de la jurisprudence relative aux dépendances immédiates dans les gares ou parcs de stationnement.

tre, à l'évidence, que les solutions jurisprudentielles n'obéissent pas ici à une théorie mais révèlent l'empirisme du juge administratif. Démonstration qu'il reste à compléter par l'analyse des conséquences de la solution d'extension du domaine public du sol à tout le sous-sol.

**B - L'empirisme du juge administratif : l'analyse des conséquences de la solution jurisprudentielle.**

En effet, les solutions qui étendent le domaine public de façon quasi-automatique du sol vers le sous-sol, sont moins déduites d'une théorie qu'inspirées par l'empirisme : la simplicité du critère retenu est son atout principal, ce qui ne signifie pas qu'il ne puisse pas être abandonné devant un problème particulier à une espèce.

On a tenté de faire valoir les inconvénients graves de la solution retenue par le Conseil d'État. Dans ses conclusions sur l'arrêt Sieur Véricel, le commissaire du Gouvernement faisait valoir qu'« il y aurait de graves inconvénients pratiques à considérer que tout le sous-sol des voies publiques fait partie du domaine public » (79). Des contraintes pèseraient ainsi sur les personnes privées qui auraient les moyens de construire et de gérer des services intégrés dans le sous-sol des voies publiques tels que parcs souterrains et sur les communes qui désireraient se décharger du financement de telles opérations : les personnes privées ne pourraient acquérir le sous-sol des voies publiques qui reste inaliénable et imprescriptible. Elles ne pourraient obtenir de l'administration compétente qui est prête à la leur accorder qu'une autorisation d'occupation temporaire. Mais la précarité des occupations temporaires du domaine public (malgré le contrôle du juge et les dispositions nouvelles sur l'indemnisation des occupants (80) comme l'impossibilité de constituer une hypothèque au profit d'une institution financière sur le domaine public conduiraient les personnes privées à renoncer à leur projet (81).

Ces problèmes se posent depuis longtemps mais ils ont acquis une fréquence et une ampleur accrues, une plus grande actualité dans la mesure où la rareté du sol dans les villes conduit à imaginer un urbanisme vertical intégrant des volumes de destinations diverses.

Force est de constater cependant que ces inconvénients peuvent disparaître en l'état actuel de la jurisprudence qui admet le déclassement en volume du domaine public, lequel a été systématiquement utilisé dans les grandes opérations d'urbanisme (82) ou plus

(79) Cité par MM. Labetoulle et Cabanne, *A.J.D.A.* 1972, 100.

(80) L'article A 26 du Code du domaine de l'État prévoit que le retrait d'une autorisation avant l'expiration de la durée prévue peut donner lieu à l'indemnisation du bénéficiaire évincé si certaines conditions sont réunies.

(81) Sur un scénario, voir G. Dupouy, *Parkings souterrains et domaine public*, *Rev. adm.* 1965, 192-194.

L'article 35 II de la loi du 7 juin 1977 reconnaît implicitement cependant que les installations et constructions faites par l'occupant peuvent lui rester en toute propriété, même affectées de précarité, et que l'occupant peut dans ce cas les hypothéquer. Mais ces dispositions semblent avoir leur terrain de prédilection pour les constructions établies sur le sol et être exclues pour les constructions faites dans le sous-sol. L'article 35 II de la loi du 7 juin 1977 autorisent le report des droits des créanciers inscrits sur l'indemnité d'éviction due dans certaines circonstances par l'administration à l'occupant évincé ; voir J.-P. Lebreton, *Le financement des investissements sur le domaine public*, *Moniteur des travaux publics*, 27 mars 1978, p. 27 s.

(82) L'administration a toujours la possibilité de déclasser le domaine public en volume. Elle a fait un large usage de cette possibilité. Notamment, de telles opérations de déclassement en volume ont été nombreuses depuis vingt ans pour tenir compte des exigences d'un urbanisme moderne qui, acceptant les contraintes nées de la rareté du sol urbain, utilise de façon intensive l'espace vertical pour y intégrer des équipements publics et privés.

Voir Décret du 29 septembre 1959 relatif à l'opération S.N.C.F. Maine-Montparnasse à Paris, *J.O.* 11 octobre 1959.



simplement par des communes soucieuses de permettre une meilleure gestion de leur sous-sol urbain (83) et (84).

Dans ces conditions, comme l'écrivent MM. Labetoulle et Cabanne dans leur commentaire critique de l'arrêt Sieur Véricel :

« On avoue mal discerner... les graves inconvénients pratiques qu'il y aurait à considérer que tout le sous-sol des voies publiques fait partie du domaine public... Ce que l'on voit par contre très clairement ce sont les inconvénients qu'il y a à juger qu'au-dessous de parcelles relevant du régime juridique du domaine public peuvent se trouver des volumes relevant du domaine privé... » (85).

D'où l'utilisation par le juge du critère, à la fois simple et protecteur, conduisant à considérer toute parcelle ou ouvrage compris sous le domaine public comme une dépendance du domaine public.

Est-ce cependant cet empirisme qui est abandonné avec l'arrêt Sieur Véricel du 17 décembre 1971 où le Conseil d'État a, pour la première fois, exclu la domanialité publique de tronçons de galeries situées dans le sous-sol d'une voie publique mais enfoncées à une dizaine de mètres de profondeur ? Le Conseil d'État a jugé que « les tronçons de galeries situées dans le sous-sol des voies publiques, en admettant qu'ils soient devenus la propriété de la ville de Lyon, n'étaient en rien, compte tenu de leur profondeur, et de leur destination, des éléments ou des accessoires de ces voies ».

La rédaction de l'arrêt est intéressante pour trois points. Tout d'abord, le Conseil d'État prend soin de marquer la distinction de la propriété et de la domanialité, ce qui confirme la non pertinence de la théorie de l'accession pour la détermination de la domanialité publique. Mais cela n'est pas la nouveauté de l'arrêt Sieur Véricel. Ensuite, il fait référence à la règle de l'accessoire, mais exclut son utilisation en l'espèce confirmant ainsi la jurisprudence très stricte relative à la notion d'accessoire

(82 suite) Décret du 3 octobre 1969 relatif à l'opération S.N.C.F. des Gobelins à Paris, *J.O.* 14 octobre 1969, p. 10157.

Décret du 25 janvier 1971 relatif à l'opération S.N.C.F. Glacière-Gentilly à Paris, *J.O.* 4 mars 1971.

Décret 25 mars 1971 relatif à l'opération S.N.C.F. La Varenne Chennevières, *J.O.* 4 avril 1971.

Décret du 3 mars 1975 relatif à l'opération S.N.C.F. de l'îlot des Mariniers à Paris, *J.O.* 12 mars 1975.

Ce déclassement en volume est d'autant moins un problème provoqué par la jurisprudence du Conseil d'État qu'il serait de toute façon nécessaire. En effet devant la complexité du problème de délimitation concrète du domaine public, et devant les risques d'une évolution des besoins liés à une modification des techniques (su une évolution des besoins de l'espace pour l'exploitation du service du chemin de fer en fonction de modifications techniques, ici de l'électrification, voir C.E. 23 octobre 1963, S.N.C.F., *R.D.P.* 1963, 1191, concl. Braibant) l'administration est tenue, par précaution, de déclasser en volume. Ces déclassements en volume seraient encore nécessaires dans les grandes opérations d'urbanisme dans la mesure où les limites des nouveaux ouvrages à construire ne coïncident pas avec les limites des anciennes constructions, situation qui oblige l'administration, pour tenir compte des exigences d'une jurisprudence constante qui maintient dans le domaine public les parcelles ou volumes désaffectés en fait en l'absence d'un acte formel de déclassement, à déclasser certains volumes. Sur ce point, voir Y. Gaudemet, La superposition des propriétés privées et du domaine public, *D.* 1978, chr. 297.

(83) Sur un déclassement en volume du sous-sol à la suite duquel le Conseil d'État admet l'autorisation par délibération d'un conseil municipal d'un bail emphytéotique pour l'exploitation du sous-sol en vue de la création et de la gestion d'un parc souterrain par le locataire, voir C.E. 2 octobre 1968, Ausseil, *Rev. adm.* 1968, 575, note Liet-Veaux.

(84) La superposition de propriétés privées et publiques est donc possible. Il y a d'ailleurs d'autres causes à cette superposition possible et notamment la possibilité pour l'administration d'opérer les expropriations partielles en volume.

C'est cette superposition qui pose elle-même des problèmes, notamment des problèmes nés de l'imprescriptibilité du domaine public. Pour les grandes opérations d'urbanisme, il a fallu des textes spéciaux autorisant l'administration à consentir sur le domaine public des servitudes de toute nature au profit des immeubles privés à édifier au-dessus et au-dessous du domaine public.

(85) *A.J.D.A.* 1972, 100 et 101.

(voir infra). Enfin, il introduit la notion d'incorporation dans la détermination du domaine public du sol vers le sous-sol et semble ainsi introduire dans cette matière un principe restrictif. C'est pour cette dernière raison que l'arrêt a pu être critiqué. « Faire dépendre ce point... des techniques de construction de la voie, de la nature du sous-sol, de la distance entre le sol et les ouvrages souterrains... réserve de graves inconvénients pratiques au juge et aux justiciables » écrivent MM. Labetoulle et Cabanne dont la conclusion est pour regretter que le juge ait introduit en cette matière « des critères nouveaux et moins maniables que les autres » (86).

Mais rien n'indique en fait avec certitude que l'on soit en présence d'un revirement jurisprudentiel et d'un changement de méthode. Le petit nombre de décisions relatives à ce problème depuis 1971 et la rédaction des arrêts ne permettent pas de trancher (87). Dans ces conditions on peut encore penser que ce sont des arguments spécifiques à l'espèce qui ont emporté la conviction du juge. En effet, en l'espèce, l'extension de la domanialité publique aux tronçons de galeries situées dans le sous-sol des voies publiques aurait eu pour effet de découper en tranches un réseau souterrain situé partiellement sous les propriétés privées. Sa gestion aurait été ainsi rendue plus difficile. La solution de l'arrêt *Sieur Véricel* ne serait donc qu'une nouvelle application de l'empirisme du juge.

Ce n'est que dans la mesure où l'extension du domaine public du sol vers le sous-sol provoquerait des difficultés réelles dans la gestion des sous-sols, ce qui n'est pas démontré, que cet empirisme devrait céder la place à une méthode plus rigoureuse, plus précisément à la notion d'accessoire et à la notion bien adaptée à la résolution de ce problème qu'est la notion d'incorporation.

### Conclusions générales.

Un certain nombre de conclusions, sous forme de remarques, se dégagent de cette étude consacrée aux techniques du juge administratif dans la recherche de la consistance des ouvrages inclus dans le domaine public.

La diversité des techniques doit être tout particulièrement marquée. La doctrine n'a pas habituellement fait une place suffisante à cette diversité. Les auteurs pensent, en général, pouvoir présenter ces techniques comme autant d'expressions de la règle de l'accessoire. Cette approche comporte des limites. A force de mettre le projecteur sur la règle de l'accessoire, on ne prend pas le soin de recenser les

(86) *A.J.D.A.* 1972, 101.

(87) Voir cependant les décisions suivantes qui semblent confirmer les tendances qui se font jour avec l'arrêt *Sieur Véricel* :

Une décision du Tribunal administratif de Paris du 8 juin 1971 (*Ville de Paris c/ sieur Kergo, A.J.D.A.* 1972, II, 169, note de Laubadère) et relative à des contrats d'occupation de locaux utilisés à usage commercial et situés sous la chapelle de l'église Saint-Eustache à Paris semble préfigurer les exigences posées par la décision *Sieur Véricel* du Conseil d'État. Le Tribunal administratif de Paris reconnaît la domanialité publique des locaux dans la mesure où ils « font corps avec les parties de l'édifice qui servent à l'exercice du culte et qu'ils sont indissociables en tant qu'ils en constituent le soubassement ». La seule circonstance que les locaux sont situés sous la chapelle ne suffit plus pour leur reconnaître le caractère de dépendances du domaine public. Une condition nouvelle d'indissociabilité - remplie en l'espèce - est exigée par le juge. Mais cette condition est par la suite oubliée dans les formulations des décisions. Elle est intéressante cependant car elle marque une volonté de justifier, en la limitant, l'extension du domaine public du sol vers le sous-sol.

Dans deux décisions récentes (C.E. 24 janvier 1975, *Sieur Spiteri et Époux Krehl, Rec.* 64, *A.J.D.A.* 1973, II, 493, note Dufau et C.E. 28 novembre 1979, *D.* 1980, inf. rap. 119) le Conseil d'État a préféré recourir directement au critère de l'aménagement spécial en vue de l'affectation au service public pour reconnaître qu'un parc de stationnement souterrain est incorporé au domaine public. Incorporation dans le domaine public du parc Étoile-Foch à Paris parce qu'il est « situé sous la voie publique et spécialement aménagé en vue du stationnement d'automobiles ». La référence faite à la situation sous la voie publique ne suffit plus. Elle semble en fait ne concerner dans l'espèce que la vérification de la propriété de la ville de Paris sur le parc, cette propriété étant aussi une condition nécessaire à l'existence de la domanialité publique.

notions utilisées, et l'on s'interdit de rapporter ces notions à la diversité des situations auxquelles elles ont pour fonction de répondre. En bref, on perd une prise importante pour comprendre les solutions jurisprudentielles. Par ailleurs, on méconnaît la portée de la règle de l'accessoire qui exige pour jouer que certaines conditions assez strictes soient réunies. Certes, la règle de l'accessoire joue un rôle important dans la détermination de la consistance du domaine public. Mais il est encore nécessaire de lui assigner sa place exacte pour comprendre son rôle avec exactitude. Le juge fait référence à la règle de l'accessoire quand il emploie les notions d'« accessoire indispensable » et de « dépendances nécessaires » ou encore quand il fait valoir l'existence d'un ensemble fonctionnel où prend place l'ouvrage en cause. A l'aide de ces trois formules, il applique effectivement, et dans des conditions acceptables, la règle de l'accessoire. Mais il ne faut pas étendre le jeu de cette règle au-delà ; c'est la meilleure façon pour apercevoir et analyser des notions comme la notion de « dépendances immédiates » et la notion d'« incorporation ». C'est aussi utile pour éviter d'introduire la notion d'accession dans l'analyse de la consistance du domaine public.

La méthode du juge administratif peut être aussi saluée. Les notions employées sont toutes rigoureusement définies ou, ce qui revient au même, elles sont utilisées avec rigueur, ce qui permet d'en induire une définition. C'est vrai, on a pu le montrer, pour les notions d'accessoire, de dépendances immédiates, d'incorporation. On n'est pas en présence de ces notions souples, dites fonctionnelles, ouvrant au juge une latitude d'action souvent critiquable. Mais la rigueur des notions ne doit pas être confondue avec une politique restrictive dans la consistance du domaine public.

Rigueur n'équivaut pas restriction. L'emploi de ces notions ou techniques peut avoir pour conséquence un certain décalage entre le critère et la consistance du domaine public ou une certaine conception extensive des termes du critère. Les techniques qui relèvent de la règle de l'accessoire n'ont pour effet que de mettre en œuvre le critère. Ce sont des méthodes de mise en œuvre des idées du critère quand les termes du critère sont peu adaptés à la situation concrète que doit résoudre le juge. Par ailleurs, cette méthode de mise en œuvre du critère est souvent très rigoureuse dans l'appréciation de l'affectation des ouvrages à l'utilité publique grâce à l'emploi de termes comme dépendances nécessaires ou accessoire indispensable. Cependant parfois l'ensemble fonctionnel pris en considération est entendu de façon un peu large comme dans l'espèce Société Le Béton : à cet égard, la règle de l'accessoire permet d'entendre plus largement la notion d'affectation au service public ; elle laisse ainsi au juge une marge importante d'appréciation pour utiliser la notion de domaine public. Les autres notions et techniques sont employées en marge du critère et peuvent ainsi provoquer un décalage entre la consistance et le critère du domaine public, notamment avec l'emploi de la notion de dépendances immédiates et avec la solution d'extension quasi-automatique du domaine public du sol vers le sous-sol. Mais ces solutions ne sont-elles pas justifiées par les besoins du service public ?

On ne saurait terminer ces remarques sans faire valoir un certain dynamisme dans l'utilisation des diverses notions. On a voulu saisir leur emploi de façon statique, rapporter chaque notion à sa fonction ; cette perspective était nécessaire. Il fallait faire le point. On peut se demander cependant, en se plaçant non devant la jurisprudence établie, mais devant la jurisprudence à établir, s'il ne faut pas présenter ces notions comme une gamme avec laquelle le juge administratif peut jouer : non pas que chaque notion soit interchangeable, on a montré que non, mais l'ensemble des notions couvre une gamme très large de situations. Si le juge ne peut utiliser la notion de dépendance nécessaire il emploie la notion de dépendances

immédiates, si le lien de fonctionnalité est difficile à établir il utilise la notion d'ensemble qui fait ressortir avec plus de facilité ce lien ; si le juge ne peut utiliser la notion de dépendance immédiate parce qu'elle ne s'applique pas parfaitement à la situation, il aura recours à la notion d'aménagement spécial (et l'on sait que c'est bien l'hypothèse dans l'arrêt cité Société Lyonnaise des Transports, les conclusions du commissaire du Gouvernement sont éclairantes sur ce point).

Ce dynamisme éclaire la notion même de domaine public. Est-il toujours possible de présenter le domaine public de façon statique comme un ensemble de biens répondant à un régime exceptionnel et devant toujours être entendu restrictivement. Ne faut-il pas dépasser cette perspective et voir dans le domaine public une prérogative de puissance publique présente virtuellement dès qu'il y a service public (88) ? S'éclairerait alors peut-être un peu mieux ce dynamisme des techniques du juge administratif. Car il ne s'agirait pas tant de tracer des limites que de trouver les moyens d'utiliser les règles de la domanialité publique dès que le fonctionnement ou que l'exécution du service public est en cause.

### BIBLIOGRAPHIE

#### Ouvrages et thèses

BERGOUNIOU (N.) : *L'investissement sur le domaine public*, Thèse Toulouse, 1978

DUFAU (J.) : *Le domaine public*, éditions du moniteur, coll. Actualité juridique, 1977, pp. 69-73.

GOUBEAUX (G.) : *La règle de l'accessoire en droit privé*, L.G.D.J., bibliothèque de droit privé, 1973.

LAUBADERE (A.) de : *Traité de droit administratif*, L.G.D.J., tome 2, 1980, n° 231-233.

MARTY (J.-P.) : *La dissociation juridique de l'immeuble*, Thèse Toulouse 1976, 276 s.

MENG (J.Ph.) : *Urbanisme et superposition de propriétés publiques et privées*, Ministère de l'environnement et du cadre de vie, Service technique de l'urbanisme, 1978, 24-50.

#### Articles

ALLINE (P.) : Domanialité publique et ouvrages complexes, A.J.D.A., 1977, pp. 523-534.

CHARLES (H.) : Accessoire et domaine public en droit administratif français, *Mélanges Stassinopoulos*, 1974, 187-199.

DANAN (Y.-M.), MENG (J.-Ph.) : Superposer propriétés publiques et privées : une solution au problème foncier, *Études foncières*, n° 4, 1979, pp. 32-35.

DUPOUY (G.) : Parkings souterrains et domaine public, *Rev. adm.* 1965, pp. 192-194.

---

(88) Conception fortement soutenue par D. Labetoulle dans ses conclusions sur l'arrêt Lecoq. C.E. Ass. 3 mars 1978, A.J.D.A. 1978, 581 et s. : « dans sa forme contemporaine, la notion de domaine public n'est ni une réminiscence historique que chacun pourrait interpréter à sa guise, ni une pure conception théorique dont chacun pourrait fixer à son gré les contours. C'est avant tout un procédé de droit public, une prérogative de puissance publique. Tout service public est virtuellement porteur d'un domaine public », p. 585.

GASTINES (L.) de : La distinction jurisprudentielle du domaine public par rapport au domaine privé, *D.* 1978, chr. 250-256.

GAUDEMET (Y.) : La superposition des propriétés privées et du domaine public, *D.* 1978, chr. 293-300.

LEBRETON (J.-P.) : Le financement des investissements sur le domaine public, *Moniteur des Travaux publics*, 27 mars 1978, 27 s.

LIET-VEAUX (G.) : Domianialité et sous-sol, *Rev. adm.* 1965, 374-377.

SANDEVOIR (P.) : La notion d'aménagement spécial dans la détermination du domaine public, *A.J.D.A.* 1966, 84-103.

### Conclusions

GALMOT, conclusions sur C.E. 5 février 1965, Société Lyonnaise des Transports, *R.D.P.* 1965.

HENRY, conclusions sur C.E. 16 novembre 1960, Commune du Bugue, *D.* 1961, J. 173.

KAHN, conclusions sur C.E. 28 mars 1969, Dame Fevrier et Gatelet, *A.J.D.A.* 1969, 359 s.

LONG (M.), conclusions sur C.E. 20 avril 1956, Ville de Nice, *R.D.P.* 1956, 575 s.

### Chroniques

LABETOULLE (D.), CABANNE : Problèmes juridiques posés par le sous-sol des voies publiques, *A.J.D.A.* 1972, 97 s.

LABETOULLE (D.), CABANNE, *A.J.D.A.* 1970, 349 s.

### Notes

LACHAUME (J.-F.) : note sous C.E. 28 janvier 1970, Consorts Philip-Bingisser, *D.*, 1970, 372-375.

LAUBADERE (A.) de : note sous T.A. de Marseille, 10 juillet 1968, Commune d'Avignon c/ Consorts Couston-Boucher, *A.J.D.A.* 1968, 585.

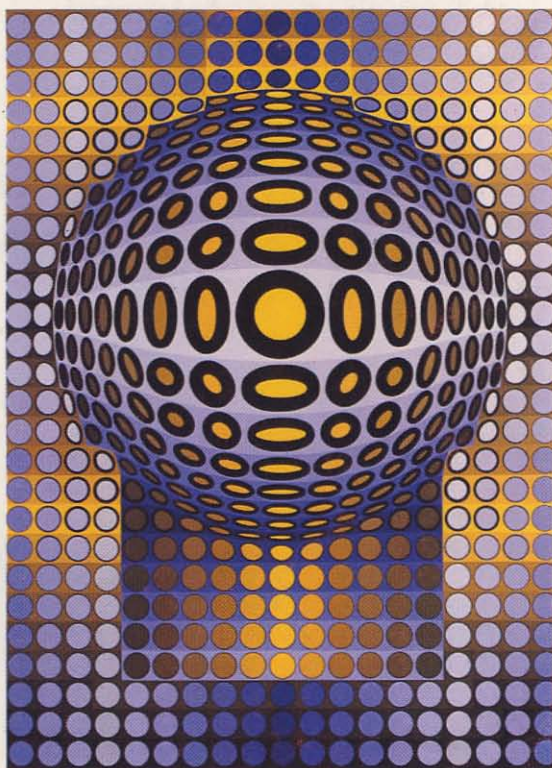
LIET-VEAUX (G.) : note sous C.E. 28 janvier 1970, Consorts Philip-Bingisser, *Rev. adm.* 1970, 297.

MODERNE (F.) : note sous C.E. 2 décembre 1970, Société des Eaux de Marseille c/ Sieur del Corso, *A.J.D.A.* 1971, 245 s.





## **DROIT PROSPECTIF**



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

Pierre TEILHARD DE CHARDIN

M. le Doyen Jean CARBONNIER,

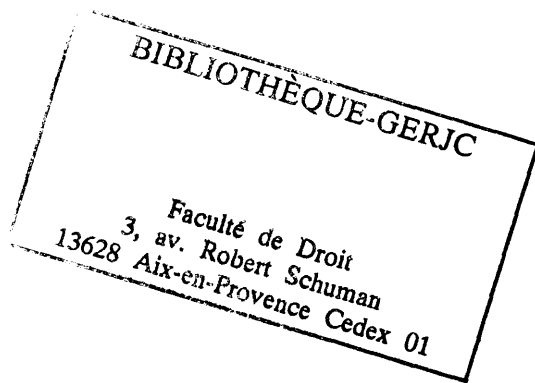
Le Code Napoléon comme phénomène sociologique.

M. le Doyen Guillaume MATRINGE,

Sous-schéma directeur pluri-annuel 1982-1985, pour les  
recherches juridiques et politiques aidées par le C.N.R.S.







# **REVUE DE LA RECHERCHE JURIDIQUE DROIT PROSPECTIF**

1981 - 3

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

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

## COMITE DE PATRONAGE

M. Paul AMSELEK	Professeur à l'Université de Paris II
M. le Doyen Jean-Marie AUBY	Membre de l'Institut
M. le Doyen Henri BATIFFOL	
M. Xavier BLANC-JOUVAN	Professeur à l'Université de Paris I
M. le Doyen Fernand BOULAN	Professeur à l'Université d'Aix-Marseille III
M. Pierre CATALA	Professeur à l'Université de Paris II
M. le Doyen Charles DEBBASCH	Professeur à l'Université d'Aix-Marseille III
M. Roland DRAGO	Professeur à l'Université de Paris II
M. le Doyen Louis FAVOREU	Professeur à l'Université d'Aix-Marseille III
	Président de l'Université
M. Maurice FLORY	Professeur à l'Université d'Aix-Marseille III
M. André DE LAUBADERE	
M. Michel LESAGE	Professeur à l'Université de Paris I
	Directeur du Service de Recherches Juridiques (C.N.R.S.)
M. Edmond LISLE	
M. le Doyen Guillaume MATRINGE	Professeur à l'Université de Paris II
M. Bruno OPPETIT	Professeur à l'Université de Paris XI
M. François TERRE	Professeur à l'Université de Paris II
M. André TUNC	Professeur à l'Université de Paris I
M. Marcel WALINE	Membre de l'Institut

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

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

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

### COMITÉ DE RÉDACTION

- M. C. ATIAS : Rédacteur en chef. Les pages du Centre de Philosophie du Droit de la Faculté d'Aix-Marseille.
- M. D. LINOTTE : Editorial - Tendances du droit contemporain.
- M. C. MOULY : Méthodes de la recherche juridique.
- M. J.-J. BOUSQUET : Activités de la Faculté de Droit et de Science Politique d'Aix-Marseille.
- M. R. GHEVONTIAN : Bilan des recherches de doctorat.

### Missions de recherche :

- étudiants de doctorat
- collaborateurs des Centres de recherche.

**Secrétariat et service commercial :** U.E.F. Recherches juridiques,  
3, avenue Robert Schuman - 13628 Aix-en-Provence cedex.

Abréviation de référence : R.R.J.

**ABONNEMENT :** 3 numéros par an

Abonnement de soutien : 250 F

Abonnement (France) : 130 F

Abonnement (étranger) : 200 F

Numéro (France) : 50 F

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

Demandes à adresser à l'U.E.R. Recherches juridiques  
3, Avenue Robert Schuman - 13628 AIX-EN-PROVENCE

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

## 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

BIBLIOTHÈQUE-GERJC

13628  
3, av. Robert Schuman  
Aix-en-Provence Cedex 01  
Faculté de Droit

## TABLE DES MATIERES

EDITORIAL par D. Linotte .....	p. 245
C.N.R.S. :	
- M. le Doyen G. MATRINGE, Président de la 34 <sup>ème</sup> section (sciences juridiques et politiques) du Comité national du C.N.R.S., <b>Sous-schéma directeur pluri-annuel 1982-1985 pour les recherches juridiques et politiques</b> aidées par le C.N.R.S.....	p. 249
LES PAGES DU CENTRE DE PHILOSOPHIE DU DROIT :	
Conférences :	
- M. le Professeur J. Mestre, <b>L'influence de l'élément étranger dans la formation du droit</b> (résumé) .....	p. 315
- M. le Professeur G. Fouilloux, <b>Kelsen et le droit international</b> .....	p. 317
- M. le Doyen J. Carbonnier, <b>Le Code Napoléon, en tant que phénomène sociologique</b> .....	p. 327
- M. le Professeur G. Lambert, <b>Le conflit individualisme - socialisme dans le droit positif français</b> (résumé) .....	p. 337
- M. le Doyen F. Boulan, <b>Violence et société</b> .....	p. 342
- M. le Professeur R. Gassin, <b>Système et droit</b> .....	p. 353
ETUDES :	
- M. le Professeur Alvaro d'Ors, <b>Le réalisme juridique</b> (traduc. A. Sériaux) .....	p. 367
- M. le Professeur Frankowski, <b>Les maladies du droit pénal polonais</b> .....	p. 389
BIBLIOGRAPHIE : M. de Gan <sup>tes</sup> , sur A. Gorz. <b>Adieux au prolétariat, Au delà du socialisme</b> , éd. Galilée, 1980 .....	p. 396
Fiche de lecture n° 11 - P. Degadt .....	p. 400
ACTIVITES DE LA FACULTE DE DROIT ET DE SCIENCE POLITIQUE D'AIX-MARSEILLE - Publications des enseignants (suite) .....	p. 402
INDEX GENERAL 1976 - 1981 .....	p. 404

## EDITORIAL

par Didier LINOTTE

Ce nouveau numéro de la *Revue de la Recherche Juridique* est quelque peu "hors série". Le lecteur n'y retrouvera pas les rubriques permanentes qui lui étaient devenues désormais familières, méthodologie, tendances du Droit contemporain, etc... En effet, le conseil de rédaction a décidé, pour tenir compte de son exceptionnelle importance, de publier ici dans son intégralité le rapport élaboré par le Doyen G. MATRINGE, intitulé : "Sous-Schéma Directeur Pluri-Annuel 1982-1985, pour les recherches juridiques et politiques aidées par le C.N.R.S."

Ce rapport constitue en effet un prolongement et un approfondissement spécialisé, parfois critique, toujours constructif, du schéma d'ensemble pour la recherche en sciences sociales, déjà publié par notre Revue (1).

Tous ceux qui connaissent la contribution que le Doyen G. MATRINGE apporte constamment à notre communauté scientifique de juristes, d'économistes et de politistes ne seront pas étonnés par l'ampleur du travail accompli ni par la masse d'informations et de précisions utiles contenues dans ce document.

Le constat qu'il expose, tant il est accablant, devrait conduire à déclarer, le secteur juridique et politique, véritable "département sinistré" de la recherche en sciences humaines.

Non seulement la recherche en Droit menée à titre principal par les juristes comme on l'a déjà écrit, n'a pas encore conquis un véritable droit de cité ; mais les recherches pluridisciplinaires menées par d'autres collègues

---

(1) R.R.J. n° V-8 p.6.

intègrent rarement des juristes dans leurs équipes. Ainsi le lecteur apprendra-t-il que des groupes peuvent travailler sur des sujets comme les politiques ou les échanges internationaux sans qu'aucun juriste ne soit partie prenante !

Recenser tout ce qui existe - et qui est précieux - signaler les lacunes, proposer des programmes, réclamer de manière très réaliste que soient dégagés dans les prochaines années les moyens matériels et budgétaires adaptés, telle est l'ambition légitime de ce texte.

Mais il serait bien illusoire de croire que l'état de la recherche juridique ne soit, comme l'enfer, que le fait des "autres" ! Les juristes, tard venus dans les structures collectives et nationales de la recherche, portent leur part de responsabilité. Aussi, comme le rapport qu'elle publie, la Revue veut-elle lancer un appel à la mobilisation de ses lecteurs dans les équipes de recherche. Que les lecteurs également se saisissent de ce sous-schéma, pour le faire leur, le complètent, l'approfondissent et nous adressent leurs propres propositions. Le Comité de Rédaction, le cas échéant, les rassemblera et les publiera.

Si, mieux encore, de parution en parution, la Revue de la Recherche Juridique, Droit Prospectif, peut servir de trait d'union entre les juristes chercheurs, elle aura rempli son objectif.

C . N . R . S .





**SOUS-SCHEMA DIRECTEUR PLURI-ANNUEL 1982-1985  
POUR LES RECHERCHES JURIDIQUES ET POLITIQUES  
AIDEES PAR LE C.N.R.S.**

L'expression "sous-schéma" nécessite quelques explications :

- la section 34 (sciences juridiques et politiques) fait partie du secteur des "sciences sociales" du C.N.R.S., dirigé par un Directeur scientifique (M. le Professeur Morisson).
- chacune des sections du secteur présente un sous-schéma, c'est-à-dire un projet de recherches scientifiques pluriannuel ;
- le directeur scientifique (sur le vu des 6 sous-schémas, tenant compte des instructions de la Direction générale du C.N.R.S. et analysant ses moyens budgétaires) dresse le schéma général officiel du secteur.

**indications chronologiques**

1. En mars 1979, un très vague canevas de schéma directeur fut diffusé par le C.N.R.S. : c'était un premier essai et la section 34 fit de nombreuses critiques et proposa divers amendements.

2. En septembre 1980, le C.N.R.S. distribua un avant-projet de schéma directeur 1981-1983, rédigé par M. le Directeur Edmond LISLE pour le secteur des sciences sociales, soumis pour avis aux sections et publié dans cette revue (A).

3. Le 16 décembre 1980, la section 34 a délibéré sur cet avant-projet et proposé des amendements et compléments (1). J'ai rédigé un rapport de synthèse envoyé le 25 février 1981 au Directeur scientifique du secteur des sciences sociales et aux membres de la section 34.

4. Le 6 mars 1981, la section 34 a délibéré sur le rapport de synthèse et a proposé divers compléments.

5. Par lettre du 16 mars 1981 adressée aux membres de la section 34, je leur demandais de m'envoyer leurs observations complémentaires dont j'ai tenu compte.

6. D'autres documents ont été utilisés pour le présent rapport : livre blanc sur la recherche, rapport du comité Recherche pour le huitième plan (1981-1985, rapport de la commission Fréville (2), comptes rendus et rapports de la section 34 depuis 1975.

---

(A) Cf. R.R.J. 1979-1980, n° V, 8, p.6 à 20.

(1) Le 16 décembre 1980 des rapports furent présentés à M. le Directeur Lisle par Mme Percheron (science politique), M. Jacques Foyer et Mme Sanson droit privé), M. Kiss (droit international public et relations internationales), M. Georges (droit public interne) et M. Matringe (histoire du droit et synthèse). Un large échange de vues eut lieu auquel participèrent M. Le Directeur Lisle et plusieurs membres de la section 34.

(2) Livre blanc sur la recherche présenté au Président de la République (Documentation Française, septembre 1980, 530 pages) ; rapport du comité Recherches Commissariat général au Plan, Préparation du huitième plan 1981-1985 (Documentation française, juillet 1980, 143 pages et un addendum ; rapport de la commission Fréville sur la réforme du financement des universités (documentation française, 2ème trim. 1981, 129 pages, les 25 annexes n'étant pas encore publiées).

## AVANT-PROPOS

Les sciences juridiques et politiques ont une place considérable dans la vie sociale et à l'Université. A l'inverse, si l'on considère le ratio C.N.R.S./ Universités, celui de la section 34 est le plus faible de tous (1) : la disproportion est saisissante, l'apport du C.N.R.S. d'une insuffisance évidente (2).

La recherche est faite dans les universités, au C.N.R.S. et dans le cadre d'autres actions coordonnées par la D.G.R.S.T. En droit et science politique, elle est méconnue en haut lieu, comme le montrent le rapport Massenet et le livre blanc sur la recherche (3), alors qu'elle existe en fait.

Depuis 1974 le C.N.R.S. a connu une faible croissance, mais en analysant de plus près celle-ci, des distorsions très importantes se sont produites : fort développement des gros équipements, faible augmentation nominale pour le fonctionnement, stagnation pour les vacations et le fonctionnement, régression en missions et heures de calcul. Or les sciences de l'homme sont essentiellement concernées par les deux dernières rubriques et n'ont pas pris part à la relative progression budgétaire du C.N.R.S.

---

### . PRIORITE

Les sciences juridiques et politiques revendiquent, à juste titre, un caractère prioritaire. La contribution des juristes et politologues apparaît, en effet, essentielle pour réaliser la vocation fondamentale des Sciences de l'homme, qui est de comprendre et d'expliquer les phénomènes de relations entre personnes et groupes humains et d'aider à leur prévision et à leur organisation.

Malheureusement, les hautes instances du C.N.R.S. et les organismes ministériels et gouvernementaux n'ont pas, jusqu'ici, reconnu ce rôle essentiel. La section 34 est demeurée une petite section, insuffisamment associée aux grandes options scientifiques et mal dotée en moyens (4).

---

### . SPECIFICITE

Mais cette priorité devrait s'accompagner d'une reconnaissance d'un

---

(1) 99 chercheurs pour 2413 universitaires, soit un chercheur pour 24 universitaires.

(2) Les sciences juridiques et politiques sont représentées par une section sur 41 au comité national du C.N.R.S. ; 4 sections sur 57 au Conseil supérieur des corps universitaires.

(3) Sur 520 pages, le livre blanc sur la recherche édité en septembre 1980 consacre seulement trois pages aux sciences juridiques et politiques : ces trois maigres pages contiennent en outre des erreurs flagrantes (pp.193-196).

(4) La relative incompréhension des instances de décision à l'égard des sciences juridiques et politiques se manifeste par plus d'un trait :

- les rubriques du rapport d'activité "sciences de l'homme" du C.N.R.S. ne coïncident pas du tout avec les activités réelles de la section 34 ;
- les "mots-clés" qui caractérisent la recherche dans les annuaires, tableaux et recueils divers qui en font le recensement n'expriment pas le travail effectif des juristes et politologues ;
- le droit, et dans une certaine mesure la science politique, sont absents du C.D.S.H. qui est présenté comme un "service commun" absorbant une part importante des crédits du secteur.
- le langage des appels d'offre des ATP ne s'adresse pas aux chercheurs de la section 34 alors même que les thèmes proposés comportent des interfaces juridiques et politiques.

droit à la différence, de la nécessaire spécificité du fonctionnement de la section juridique et politique. La recherche française ne peut pas et ne doit pas être orientée uniquement vers des recherches industrielles, technologiques et appliquées. Il est, dans une société, d'autres impératifs dont l'étude relève de la compétence des juristes et politologues. Si l'on admet ce postulat, il faut en déduire les conséquences : les sciences physiques, chimiques, médicales et autres sciences dites "exactes" obéissent à des règles propres qu'il est souvent absurde d'étendre aux sciences humaines. Tout oppose les deux catégories de disciplines : méthodes de travail, matériel, fonction des chercheurs, importance des publications. On pourrait multiplier les exemples de ces différences.

La méconnaissance de cette spécificité a entraîné chez les hautes autorités des erreurs d'appréciation et des mises à l'écart qu'il faut corriger grâce à une réelle concertation permettant de dégager des axes prioritaires.

#### . MOYENS

Juristes et politologues sont épris de réalités concrètes : toute politique scientifique, à moins de rester utopique, doit être accompagnée de mesures budgétaires.

Les formations et les chercheurs de la section 34 ont beaucoup souffert au cours des dernières années : contingent étriqué pour la création de nouvelles équipes et le recrutement de nouveaux chercheurs, aucune création d'emploi d'ITA, érosion fantastique des crédits réels (plus de 50 %).

Pour remplir leurs fonctions, les sciences de l'homme doivent, d'une part, disposer des moyens matériels et humains nécessaires pour étudier et évaluer les situations qui relèvent de leurs analyses. Elles doivent, d'autre part, être associées à l'étude des conséquences que peuvent comporter pour la société et l'individu, les orientations des sciences et des techniques (énergie, communications, biologie, informatique, etc...).

Si le développement des sciences sociales n'accompagnait pas celui de l'ensemble des sciences, il existerait un risque important que le corps social ne rejette les notions mêmes de Science et de Recherche, associées à l'image d'une civilisation inadaptée à ses conditions de survie.

Les sciences juridiques et politiques ont un rôle de tout premier plan à tenir dans le concert de la recherche scientifique. Cet objectif ne saurait être rempli sans le recrutement régulier de chercheurs et de techniciens permanents qui constituent, en symbiose avec les personnels universitaires, l'ossature irremplaçable des formations de recherche.

Un plan quadriennal de redressement et de développement est indispensable, précisant sur quatre ans, l'accroissement du stock global des formations, chercheurs et ITA, ainsi que le taux d'accroissement réel des crédits.

## INTRODUCTION

### § 1. CARACTERES DU SOUS-SCHEMA DE SECTION : UTILE ET INDICATIF

A - **Utile** : pour la direction du C.N.R.S., pour la communauté scientifique, pour les autorités supérieures.

1 - **Eclairée, la direction du C.N.R.S. pourra mieux élaborer son schéma officiel**, évaluer avec plus de précision ses demandes budgétaires et mieux répartir les moyens dont elle dispose. Une concertation réelle entre la section et la Direction peut être très bénéfique.

2 - **Informée, la communauté scientifique connaîtra les données de la recherche** : activités actuelles, souhaits de la section 34, perspectives d'avenir dans le cadre du C.N.R.S. (1).

3 - **Au niveau national, les autorités supérieures doivent être informées (2)**. De manière fort regrettable, elles n'ont accepté que de façon exceptionnelle jusqu'ici le fait que juristes et politologues puissent apporter des contributions très précieuses à la vision globale de la société. Le plus souvent ceux-ci n'ont pas été consultés pour l'élaboration des programmes de recherches et cette mise à l'écart a eu pour conséquence le lancement de projets qui, tant par leur langage que par leur contenu, les ont exclus.

B - **Indicatif** : limité au C.N.R.S., sommaire et provisoire.

1 - **Le sous-schéma ne concerne que les recherches aidées ou susceptibles d'être aidées par le C.N.R.S.** Il ne veut pas indiquer comment doivent être orientées les recherches internes aux universités ou dans des ministères non universitaires. Toutefois, toutes les activités scientifiques font partie d'un ensemble national : les connaissances réciproques et les interactions peuvent être bénéfiques pour l'intérêt général.

2 - **Malgré sa relative longueur, le présent document n'entre pas dans les détails** : les idées de fond ont été jugées préférables.

3 - **La section 34 pourra rectifier et compléter le document**, et cela dès la session de décembre 1981. Le sous-schéma restera **évolutif**, avec d'éventuelles retouches au fil des années, mais dans sa masse demeurera un document de référence (3).

## § 2. CARACTERES DU FUTUR SCHEMA OFFICIEL DU C.N.R.S. : IL DOIT ETRE CONCRET ET FIABLE

A - **Concret : idées précises, retombées budgétaires.**

1 - **Des idées précises, accessibles à tous, sont nécessaires** : il serait difficile pour des chercheurs aux prises avec des réalités concrètes de comprendre un document nourri d'idées trop générales, voire vagues ou abscones (4).

Certes le futur schéma directeur officiel commun aux six sections du secteur des sciences sociales (souvent fort différentes) tentera de trouver des dénominateurs communs acceptables par tous. Mais s'il contient trop d'imprécisions, il ne sera plus perçu par la communauté scientifique : il faut que les destinataires se sentent concernés, même s'ils ne participent pas (encore) aux actions du C.N.R.S.

(1) Les bénéficiaires, actuels et potentiels, d'aides du C.N.R.S., doivent connaître les axes prioritaires scientifiques et les perspectives budgétaires (créations, emplois et crédits).

(2) Par autorités supérieures, il faut désigner le Ministère chargé de la Recherche, la D.G.R.S.T. et les ministères non universitaires.

(3) Ce document pourra rester stérile un certain moment dans certains domaines. Pour tel axe scientifique nouveau et jugé prioritaire, il est possible que l'appel d'offres lancé par la section ne soit pas suivi de propositions concrètes et sérieuses.

(4) Les fréquentes abstractions de l'avant projet de septembre 1980 étaient déroutantes pour les juristes et politologues.

De manière générale, le langage utilisé dans tous les documents officiels diffusés par le C.N.R.S. devrait être plus accessible et être accompagné éventuellement (en bas de page) par des notes explicatives, car le jargon technique du C.N.R.S. doit être compris de tous et ne pas paraître trop souvent ésotérique (1).

**2 - Les retombées budgétaires doivent être précisées sur 4 ans au moins :** équipes, chercheurs et ITA doivent faire face, tout le long de l'année et des années à des problèmes matériels inéluctables : crédits en diminution réelle depuis plusieurs années, quantité insuffisante des emplois de chercheurs et d'ITA dans de nombreuses équipes, menaces pour les publications et colloques, incertitudes pour l'avenir.

Quant aux candidats potentiels (formations et chercheurs), ils n'ont aucune idée sur les perspectives d'avenir. Comment mobiliser les universitaires et les jeunes dans de telles conditions ?

**3 - Les règles du jeu doivent être claires et stables.**

Comment de très bons candidats potentiels pourraient-ils faire des projets de carrière si les règlements changent ? A cet égard, beaucoup d'entre eux, en cours de formation depuis plusieurs années sont considérablement lésés par la décision de fixer l'âge maximal de recrutement à 27 ans (avec des dérogations faibles) : cette disposition est très fâcheuse et inopportune pour les sciences juridiques et politiques. Il faudrait soit relever cet âge maximal, soit accroître le pourcentage des dérogations possibles, soit combiner les deux.

**B - Fiable : Analyse quantitative, qualitative.**

**1 - Les statistiques et documents quantitatifs du C.N.R.S. ne sont pas valables :** ils doivent être vérifiés, avec le concours du bureau de la section. Ils contiennent des erreurs, souvent flagrantes et étonnantes. (2).

**2 - L'évaluation qualitative des activités des équipes et chercheurs n'est souvent pas conforme à la réalité,** malgré les dossiers et rapports stockés au 15 quai Anatole France, et en dépit des séances de section auxquelles assistent le Directeur scientifique du secteur et les membres des services (3).

(1) Ainsi, dans l'avant projet du C.N.R.S. (septembre 1981), la signification des concepts et rubriques n'était pas toujours évidente pour les profanes. Que veulent dire exactement :  
- (tableau 3) les moyens directs "personnel" ? les moyens directs "hors personnel" ? les moyens indirects "personnel" ? les moyens indirects "hors personnel" ?

- (tableau 5) Quels sont les bases et les modes de calcul du coût des spécialistes ? Que veut dire "coût cible CO" ? Comment est défini et choisi un "laboratoire moyen" ?

- (tableau 6) Que veut dire "budget base = NEX CO" ? "effectifs équivalents temps plein" ?

(2) Il y a des contradictions entre les évaluations (effectifs, crédits) mentionnés dans le corps de l'avant projet de septembre 1980, dans son annexe 3 et dans l'annuaire du C.N.R.S. (édition 1980).

Les statistiques relatives aux moyens des formations en 1981 (crédits, chercheurs et ITA) contiennent des **erreurs flagrantes** : il faudrait tout vérifier et découvrir les causes d'erreurs. En outre, ces statistiques (intéressantes en soi) doivent être utilisées avec précaution, car les tailles et les activités des formations sont très variées.

(3) L'avant projet de septembre 1980 en donne deux preuves, sur lesquelles nous reviendrons :  
- L'évaluation des activités actuelles (dans le corps du projet et dans le tableau 1) méconnaît totalement certaines recherches pourtant bien connues ;  
- Les axes prioritaires prévus par le document sont très mal adaptés aux recherches juridiques et politiques.

### § 3. NATURE DES SCIENCES JURIDIQUES ET POLITIQUES : SCIENCES D'OBSERVATION ET SCIENCES THEORIQUES

A - **Sciences d'observation** : il est évident que les sciences juridiques et politiques sont des sciences d'observation : faits, relations entre les faits, exposé des idées et mentalités, relations entre les idées et les faits.

B - **Mais aussi sciences théoriques** : il est non moins vrai que les recherches peuvent avoir un caractère assez théorique : philosophie du droit, logique du droit, théorie générale du droit (en droit privé, en droit public), théorie politique générale ; théorie des relations internationales ; méthodologie. les recherches spéculatives restent indispensables et doivent être conservées et développées (1).

### § 4. BUTS DES SCIENCES JURIDIQUES ET POLITIQUES : SCIENCES UTILES ET SCIENCES DESINTERESSEES

#### A - Aspects utiles de certaines recherches.

1 - **Finalité normative** : il est certain que de nombreuses recherches, en analysant la société actuelle, peuvent avoir des conséquences utiles et normatives :

- elles font des analyses critiques des dysfonctionnements dans l'application des normes, l'inadaptation de celles-ci, l'inadéquation des structures actuelles (notamment administratives) etc...

- éventuellement, elles peuvent déboucher sur des suggestions (à l'intention des secteurs publics et privés) et des recommandations concrètes de réformes pouvant aboutir à de nouvelles normes (2) : des décisions fondées sur des analyses scientifiques préalables sont certainement meilleures ;

- à une époque de poussée régionaliste, les recherches juridiques, politiques, sociales et culturelles sur les régions se sont développées avec l'appui de conseils régionaux.

2 - **Rôle fécond des contrats publics (ministériels ou régionaux) et privés.** Scientifiquement, ces contrats sont générateurs de recherches, parfois très intéressantes : leur existence peut montrer la vitalité de certaines équipes, leur éventuelle obtention peut les stimuler.

Financièrement les contrats apportent des ressources importantes : selon un tableau récapitulatif du C.N.R.S. pour 1980 (tableau qu'il faudrait vérifier), dix (3) des 34 formations relevant à titre principal de la section 34 auraient bénéficié d'un montant global de crédits sur contrats égal à 1 663 800 f, soit 66,8 % de leurs ressources globales (4). Cette somme pour dix équipes (qui ne correspond peut-être pas à la réalité. si des équipes dissimulent leurs ressources propres) est très largement supérieure aux crédits accordés

(1) L'avant projet du C.N.R.S. de septembre 1980 insiste beaucoup sur le caractère expérimental des sciences sociales, en négligeant trop leur caractère théorique.

(2) On peut citer notamment les travaux des équipes travaillant sur les collectivités locales, l'administration économique, l'aménagement du territoire, le contrôle de l'administration, la réforme du droit pénal, les accidents de la route, la législation familiale, l'informatique judiciaire, etc...

(3) En négligeant une petite ERA qui a un contrat privé de 1 800 F. (1,8 % du montant global de ses ressources : 115 200 F.)

(4) Ces 10 formations (dont 6 en science politique et 2 en droit public) ont bénéficié de contrats publics pour une somme globale de 1 441 300 f. (sur un total de moyens égal à 2 500 800f. soit 57,6 %). Deux d'entre elles ont eu également des contrats privés pour une somme globale de 222 500 F. (pourcentage de 8,9 %). Le total des crédits contractuels est égal à 1 663 800 F. sur un total général de moyens égal à 2 489 680 F., soit 66,8 %. Mais les pourcentages varient énormément selon les formations. Voir infra, page 255, note 3.

par le C.N.R.S. aux 34 équipes (1 259 000 F). Quant aux crédits des ATP du C.N.R.S., ils apparaissent dérisoires (431 000 F en 1980 pour 9 des 34 formations).

D'autres équipes auraient pu être sollicitées par les ministères et conseils régionaux, mais ne l'ont pas été. Ignorance des pouvoirs publics ? Existence de services de recherches au sein des ministères ? Ou manque d'initiative de certaines équipes, notamment auprès des conseils régionaux ? Ou ressources dissimulées ? (1).

## B - Place fondamentale à réserver aux recherches indépendantes.

1 - Certains domaines échappent au caractère normatif : philosophie et logique du droit, histoire du droit et des faits économiques, faits et pensée en religion, recherches théoriques. D'ailleurs, comme dans les sciences exactes, des recherches fondamentales *a priori* non "commerciales" peuvent plus tard aboutir à des applications concrètes. La France renoncerait-elle à la recherche indépendante et désintéressée, au risque d'être devancée par d'autres pays ?

## 2 - Eventuels dangers des financements contractuels qui peuvent, malgré les avantages signalés, comporter des inconvénients (2).

A priori, il peut être dangereux pour l'indépendance et la survie d'une équipe de dépendre en grande partie de l'obtention ou du renouvellement de contrats aléatoires et temporaires, ne dépendant pas de critères de valeur scientifique. En réalité, la question est délicate, car, sans contrats publics et privés, certaines formations très dynamiques disparaîtraient ou devraient réduire considérablement leurs activités (3), l'aide du C.N.R.S. ou des universités étant insuffisante en crédits annuels (4) et en crédits d'ATP (5).

(1) Le rapport de la commission Fréville (p. 20) estime à 57,6 % le pourcentage de financement des équipes associées sur contrats en sciences sociales. Pour la section 34, d'après un récapitulatif (peu fiable) du C.N.R.S. pour 1980, le pourcentage serait de 36 %.

(2) L'avant projet officiel de septembre 1980 reconnaît ce double risque (cf. R.R.J. 79-80, V, 8, p.11)  
- recherche alibi, faite pour justifier, sous une apparence scientifique, une décision prise,  
- recherche partisane où un chercheur veut justifier ses idées, son idéologie personnelle.

(3) Le pourcentage moyen du financement contractuel par rapport aux ressources globales pour les 10 équipes citées supra au A,2 (66,8 %) recouvre en réalité des disparités énormes. Selon les tableaux du C.N.R.S. pour 1981 :

- les pourcentages contrats publics/ressources globales varient de 14,2 à 86,5 % ( 14,2 ; 35,7 ; 46,2 ; 49,3 ; 57,1 ; 61,3 ; 72,9 ; 73,1 ; 82,4 ; 86,5 ) ;

- les pourcentages pour 2 équipes contrats privés/ressources globales sont 10,4 % et 78,2 % ;  
- les pourcentages contrats publics et privés/ressources globales varient de 36,7 à 92,4 % (36,7 ; 49,3 ; 56,6 ; 57,1 ; 61,3 ; 72,9 ; 73,1 ; 82,4 ; 86,5 ; 92,4).

(4) Pour ces 10 équipes, le pourcentage moyen crédits C.N.R.S./ressources globales est égal à 15,3 % seulement, avec des disparités fantastiques de 0,8 % à 26,9 % (0,8 ; 1,9 ; 9,2 ; 10,8 ; 11,6 ; 13,5 ; 14,9 ; 17,4 ; 26,2 ; 26,9) ;

Pour ces 10 équipes, le pourcentage moyen crédits université/ressources globales est égal à 10,6 % seulement, avec des disparités fantastiques (0 ; 0 ; 0 ; 5,9 ; 6 ; 11,5 ; 18 ; 25,4 ; 40 ; 41,6).

(5) La part des crédits ATP (431 000 F., ce qui est très faible) par rapport aux ressources globales des 34 formations (4 622 000 F.) est de 9,3 %.

9 formations bénéficient de crédits ATP : une seule profite aussi de contrats publics et privés, mais son crédit ATP est faible (7 000 F soit 1,4 % de ses ressources globales). Schématiquement, sur 34 équipes, 10 ont des contrats publics (2 d'entre elles des contrats privés), 9 autres des crédits ATP, 15 autres aucun crédit contractuel.



En conclusion, les problèmes sont complexes : les sciences juridiques et politiques doivent rester ouvertes sur les décideurs : les contrats peuvent être avantageux à condition que les bénéficiaires gardent leur totale liberté.

3 - **Sauvegarde essentielle des recherches fondamentales et indépendantes** : indépendantes de toute commande publique ou privée, elles doivent bénéficier d'un effort considérable au sein du C.N.R.S. et y rester la règle. Le C.N.R.S. a pour vocation toute particulière de soutenir les chercheurs qui travaillent sur des thèmes non commerciaux.

---

**Plan** (voir table des matières p. 248.)

- I ère partie : Circulation accrue des informations (pp. 256 à 262 )
  - II ème partie : Structuration lourde des recherches juridiques et politiques (pp. 262 à 271)
  - III ème partie : Axes scientifiques prioritaires juridiques et politiques (pp. 271 à 300)
  - IV ème partie : Accroissement nécessaire des moyens budgétaires (pp. 300 à 309)
- 

## I . CIRCULATION ACCRUE DES INFORMATIONS

### § 1. MEILLEURES INFORMATIONS SUR LES ORGANISMES PUBLICS NON UNIVERSITAIRES DE RECHERCHE

#### A - Intérêts scientifiques

##### 1 - Volume énorme des études et recherches hors C.N.R.S.-Université

Le nombre des études et recherches lancées en sciences sociales par l'ensemble des administrations centrales et des services qui leur sont rattachés, ainsi que par les organismes régionaux est **énorme** et pas toujours connu. Les moyens financiers dépassent globalement de **très loin** la somme des crédits accordés par le C.N.R.S. et la Mission de la recherche aux formations universitaires.

##### 2 - Pratiques administratives variées, anarchiques, parfois confidentielles

Elles sont très variables dans la détermination des besoins, le choix des prestations possibles, les processus contractuels (appels d'offre, gré à gré), les modalités de financement, le stockage des travaux achevés, l'accès à ceux-ci et leur diffusion. Une excellente étude publiée en mai 1978 (Roger Brunet et Régine Grzeczkowicz, **Connaître la recherche sous contrat**, C.D.S.H., Paris, 355 pages) montre l'incroyable complexité et les énormes disparités entre les pratiques, en proposant un remède : le système RECOURS (recherches sous contrat en cours), qui est très judicieux.

##### 3 - Communauté scientifique mal informée dans l'ensemble, sauf en science politique.

Les informations sont éparpillées, insuffisantes et parfois inexistantes. De nombreuses études et recherches sont mal connues, car l'information ne circule pas assez bien : publicité dans différentes revues (comme le MSH - Informations), absence de publicité.

Sauf quelques exceptions, les juristes et politologues ne sont pas informés des programmes de recherche lancés par les ministères non universitaires (1)

---

(1) L'avant-projet cité donne une liste indicative de 19 organismes non universitaires de recherche.

et des moyens les accompagnant. Réciproquement ces organismes sont-ils toujours tenus au courant des activités et des potentiels universitaires, aidés ou non par le C.N.R.S. ?

En fait, ne sont connus que les activités scientifiques du Ministère de la Justice et du Conseil d'Etat, épisodiquement, certains contrats d'autres ministères, enfin les 6 actions prioritaires actuelles de la D.G.R.S.T. (1). C'est très peu.

4 - **Informations utiles pour l'action** (2). Les intérêts sont indéniables: coordonner les programmes (sans esprit de monopole), éviter des recherches parallèles qui parfois s'ignorent (avec gaspillage de matière grise et d'argent, utilisation maximale des compétences et des moyens matériels (3), etc.).

Certains programmes auraient pu ou pourraient peut-être comporter une participation accrue des juristes et politologues, si les informations avaient mieux circulé.

## B - Rôles que doit remplir le C.N.R.S. : information et intervention

### 1 - Information : stockage bien fait, recensement thématique, diffusion régulière

a - **Stockage bien fait** : base de données informatisées par un CDSH rénové. Le C.N.R.S. (CDSH) a des liens avec la DGRST, les administrations centrales et leurs services, avec les organismes régionaux. Seul le C.N.R.S. a la possibilité d'enregistrer non seulement les informations sur les programmes en cours ou achevés, mais encore sur les projets envisagés, en étant à l'affût de ceux-ci. Une banque de données informatisées serait très utile, comme le proposaient l'ouvrage cité de Michel Brunet et Régine Grzeczko-wicz et une commission animée par Monsieur le Conseiller De Baecque (Conseil d'Etat).

Mais ce **stockage doit être très bien fait** : les mots clés doivent être judicieusement choisis, les études et programmes soigneusement analysés. La collaboration d'un chercheur de la section 34 semble indispensable. Le Bulletin signalétique de science administrative est très bon parce qu'il est fait par un chercheur compétent.

Cette banque de données devrait évidemment être interrogeable à partir

(1) Signalons que les 6 actions prioritaires actuelles de la DGRST sont les suivantes (communication de M. Salmon devant la section 34 en décembre 1980), en soulignant que peu de juristes ou politologues font partie du Comité Directeur :

- contraintes internationales et économie nationale (responsable : Lessour) : aucun juriste au comité, alors que ce programme peut avoir des aspects juridiques ;
- politiques sociales (responsable : Méraud) : André Tunc est membre du comité, mais ce programme est peu connu ;
- microdécisions et politiques économiques (responsable : Boiteux) : aucun juriste ou politologue au comité ;
- cadres de vie et mobilité, recherches urbaines, décentralisation (responsable : P. Carrère) : Prats figure au comité, mais programme peu connu de la communauté scientifique.
- analyse des systèmes sociaux complexes, théorie des organisations, politique publique (responsable : Pierre Tabatoni) : Georges Lavau est membre du comité, mais programme peu connu alors qu'il intéresse les publicistes et politologues ;
- développement de recherches quantitatives sur l'économie française au point de vue quantitatif et historique (responsable : J.M. Jeanneney).

(2) Ce que souligne d'ailleurs l'avant-projet du C.N.R.S. de septembre 1980 (p. VIII, 2). Cf. R.R.J. 1979-1980, n° V, 8, p. 11.

(3) Fichiers, centres de documentation, fonds scientifiques, enquêtes, moyens informatiques.

b - **Recensement thématique** (par grandes disciplines)

Un annuaire pour l'ensemble des sciences humaines serait volumineux, inutile et difficile à diffuser. En revanche un répertoire (ou bulletin) avec des subdivisions par disciplines juridiques et politiques serait beaucoup plus pratique.

c - **Diffusion régulière** (1) : le bulletin MSH-Informations est trop large et mal répandu. Une fois par an, il faudrait un répertoire contenant :

- la liste des programmes en cours de lancement, en fonction et achevés,
- la liste des services de recherches (administrations centrales, organismes régionaux avec leurs titres, leurs adresses et les noms des responsables) ;

Un système efficace et peu coûteux de diffusion jusqu'à la base devrait être trouvé.

2 - **Interventions du C.N.R.S. pour que juristes et politologues soient associés.** Le C.N.R.S. doit mettre en contact les administrations, secteur privé, organes régionaux d'une part, les formations d'autre part.

Le C.N.R.S. doit également favoriser l'inclusion des sciences juridiques et politiques dans les programmes hors C.N.R.S. toutes les fois que cela est possible. Encore faudrait-il que le C.N.R.S. donne lui-même l'exemple pour ses propres programmes !

## § 2. REPERTOIRE NATIONAL NECESSAIRE DE L'ETAT DES RECHERCHES

### A - **Répertoire scientifique complet pour les juristes et politologues (par dominantes)**

#### 1 - **Intérêts**

Un recensement national a plusieurs intérêts :

- rassembler en un **seul** document des recherches dispersées dans divers secteurs
- **dégager** les points forts et les lacunes importantes, celles-ci devant être comblées dans la mesure du possible ;
- informer la communauté scientifique (v. § 3, p. 261).
- informer les hautes autorités : signalons en passant que le Livre blanc sur la recherche montre une méconnaissance profonde pour les recherches juridique et politique (2).

#### 2 - **Conditions : une banque de données informatisées ou un système artisanal d'attente.**

Si une banque de données fiable n'est pas constituée par le C.N.R.S., comme cela a été demandé supra, il faut utiliser (au moins en attendant) un système artisanal avec des recensements partiels et provisoires, avec des correspondants bénévoles pour chaque établissement et par grande discipline.

De toute façon, il faut un système technique de présentation permettant des mises à jour (comme pour les juris-classeurs) et trouver un système pratique de diffusion.

(1) Certes, on pourrait penser qu'un stockage (bien fait) des données au CDSH suffirait. Il est évident que cette banque informatisée serait précieuse et nécessaire. Mais il faut également publier des répertoires annuels de synthèse pour la base.

(2) Sur 520 pages, 3 sont consacrées aux recherches juridiques et politiques (pp. 193-196). Toutes les sciences sociales sont rangées sous le vocable "sociologie". Il faut indiquer que parmi les 18 membres du comité de rédaction, on ne trouve aucun juriste, aucun politologue, pas même un économiste, mais en revanche, 3 sociologues et (au moins) 11 représentants des sciences "exactes".

## B - Recensement des activités scientifiques aidées par le C.N.R.S.

### 1 - Informations sommaires de la section 34

Certes les membres de la section 34 examinent, au moins tous les deux ans, les équipes et chercheurs relevant de sa compétence, mais cette information a des défauts :

- les membres de la section écoutent les rapporteurs et leur posent des questions, mais aucune synthèse écrite n'est faite (les comptes rendus des sessions indiquant essentiellement les résultats des votes) ;
- certaines recherches intéressant les juristes et politologues ne relèvent pas de la section.

### 2 - Annuaire des sciences humaines, édité par le C.N.R.S., difficile à utiliser (1).

C'est un document très volumineux (826 pages pour l'édition 1980), qui couvre les 12 sections des sciences humaines et sociales. Composé par deux ITA du C.N.R.S. à partir des renseignements fournis par les formations, cet annuaire est très important. Toutefois ce gros travail, malgré le dévouement des rédacteurs, présente des inconvénients :

- l'index des "concepts" (mots-clés), qui est vital dans un tel ouvrage, est mal conçu : il faut pratiquement parcourir des centaines de pages pour avoir des renseignements sur un thème. Il serait nécessaire d'avoir de bons mots vedettes adaptés aux sciences juridiques et politiques et demander aux équipes de fournir les mots clés de leurs programmes ;
- les informations fournies par les formations ne sont pas toujours fiables (notamment les effectifs des chercheurs universitaires parfois gonflés et programmes multiples parfois platoniques) ; ces informations ne sont pas vérifiées par la rédaction de l'annuaire, faute de temps ;
- l'annuaire ne donne qu'une liste laconique des revues et collections et ne fournit aucune information sur les programmes en cours à l'intérieur des ATP et sur les aides individuelles ;
- enfin la diffusion de ce volumineux annuaire est assez restreinte.

Ajoutons qu'il serait utile qu'un chercheur au moins soit affecté à l'équipe de rédaction actuelle dont le dévouement n'est pas mis en cause.

3 - Le périodique "Courrier du C.N.R.S.", la "Lettre du C.N.R.S." et le bulletin "MSH-informations" ne contiennent que des informations relativement **ponctuelles**, et n'ont **pas une diffusion suffisante** et de toute façon ne constituent pas, de par leur nature, une synthèse des programmes en cours.

### 4 - Nécessité d'un document synthétique et annuel ayant 2 parties :

- une partie relativement stable au fil des années : **guide pratique** comprenant des renseignements généraux : diverses formes d'aides du C.N.R.S., conditions d'obtention, procédure (délai, forme, adresse), etc... ;

---

(1) Cet annuaire "CNRS", Sciences de l'homme, peut être demandé au Centre de documentation des sciences humaines (54 Bd Raspail, 75006 Paris). Cet énorme ouvrage très utile, malgré ses défauts, comprend plusieurs parties :

- présentation de l'ouvrage, 6 pages ;
- renseignements généraux (15 pages) : le groupe CNRS, les modes d'action du CNRS, les sections du CNRS, les directions scientifiques du CNRS, la répartition des moyens du CNRS, un très bref aperçu de la politique du CNRS pour les sciences de l'homme, l'analyse du budget (colloques, publications, crédits), répartition des personnels du CNRS ;
- liste des formations et services du CNRS (664 pages, soit 80 % de l'ouvrage) ;
- 6 index : 1) index régional des formations (20 pages) ; 2) liste des formations par section (22 pages) ; 3) index des responsables et cadres A (52 pages) ; 4) index des concepts (24 pages) ; 5) index géographique (14 pages) ; 6) index des périodiques et collections ( 8 pages).

- le **recensement**, dans un esprit de critique objective et par dominantes, des activités soutenues par le C.N.R.S. (formations, aides individuelles, contrats, chercheurs et périodiques) : une partie d'inventaire a été tentée dans le présent document : III ème partie, § 2 , p. 276 et s.

**C - Recensement des recherches universitaires non aidées par le C.N.R.S.**

Il s'agit des programmes financés par la Mission de la recherche dans le cadre des tranches de crédits B (simple soutien de programmes internes à l'Université) et C (programmes prioritaires de l'Université aidés par la Mission). La section 34 ne connaît que les programmes des équipes associées au C.N.R.S., alors qu'il en existe d'autres parfois très importants.

1 - **Les insuffisances du répertoire des "centres et programmes de recherche universitaires en sciences sociales et humaines"** sont évidentes. Certes, ce document est utile (1) : édité par le C.N.R.S., il veut "valoriser et mieux faire connaître l'activité universitaire, par nature assez dispersée et relativement difficile à cerner". Malheureusement, dans ce répertoire très peu connu, les rubriques des centres sont extrêmement laconiques, leurs programmes non indiqués, l'index des mots clefs pas toujours exact.

2 - **La Mission de la recherche et probablement le C.N.R.S. connaissent ces programmes universitaires et ont une liste détaillée** (2) : ces renseignements n'ont aucun caractère confidentiel, puisque les crédits correspondants figurent dans les budgets de recherche des universités. Il faudrait que le ministère chargé des universités communique le plus rapidement ces informations.

3 - A défaut de celles-ci, il faudrait alors déclencher une **enquête** qui serait longue : préparation d'un questionnaire, envoi et exploitation, avec le risque d'avoir un bilan incomplet.

**D - Etat des activités scientifiques des sociétés savantes, associations scientifiques, instituts indépendants, etc...**

Les sociétés savantes ont parfois des activités très importantes de recherche et il serait utile de les recenser (titre, siège responsable) et de leur envoyer un questionnaire pour connaître leur représentativité, leurs

(1) Ce répertoire "centres et programmes de recherche universitaire en sciences sociales et humaines" peut être acheté au Centre de documentation des sciences humaines, 54 Bd Raspail, 75006 Paris.

- tome 1: Académies de Bordeaux, Paris, Versailles et Créteil (mai 1980, 145 pages) ;

- tome 2 : Académies d'Aix-Marseille, Antilles-Guyane, Clermont-Ferrand, Dijon, Grenoble, Limoges, Lyon, Montpellier, Nice, Toulouse (Octobre 1980, 197 pages) ;

- tome 3 (et dernier) : Grands établissements dépendant du ministère des universités, académies d'Amiens, Besançon, Caen, Lille, Nancy, Nantes, Orléans, Poitiers, Reims, Rennes, Rouen et Strasbourg (à paraître au printemps 1981).

Chaque tome comprend : 1) une liste des centres et programmes de recherches ; 2) un index des sigles et titres ; 3) un index des responsables ; 4) un index des mots clés ; 5) un index des périodiques et collections ; 6) un index des rattachements universitaires au C.N.R.S.

(2) M. François DREYFUS a fait un intéressant exposé devant la section 34 en décembre 1980 sur les buts, les structures et le fonctionnement de la Mission de la recherche. Cet exposé général ne pouvait entrer dans le détail des programmes universitaires de recherche.

programmes, leurs colloques ou congrès réguliers, leurs publications (1).

Il serait également très intéressant de répertorier les associations scientifiques internationales où les chercheurs français jouent un rôle important (2).

#### **E - Recensement des contrats des administrations centrales et des organismes régionaux intéressant les juristes et politologues.**

Le C.N.R.S. (CDSH) peut **seul** faire ce recensement, il faut le rappeler : il peut, **avec des mots clefs judicieusement choisis** et des **personnes scientifiquement compétentes** pour analyser les programmes, dresser un inventaire régulier.

#### **F - Répertoire national final**

En science politique, la centralisation des informations est déjà bien faite et le bilan pourra être relativement aisé.

Dans les disciplines juridiques, ce sera une oeuvre plus longue (deux ou trois ans ?) et il faudrait dresser des bilans partiels avec, **par disciplines** :

- un bilan des recherches en cours ou en projet ;
- un répertoire des spécialistes, avec leurs adresses.

Ces bilans partiels successifs seront très utiles pour la direction du C.N.R.S., pour la section 34 et pour la communauté scientifique.

### **§ 3. DIFFUSION DES INFORMATIONS VERS LA BASE**

#### **A - Mobilisation des universitaires**

Moins de 10 % des professeurs et maîtres assistants en droit participent à des formations propres ou associées du C.N.R.S. Pour mobiliser les autres, il faut bien les informer, sans attendre qu'ils viennent aux informations.

Or c'est un fait qu'une grande partie des universitaires juristes (cela n'est pas exact pour les universitaires politologues) ignore les structures et les modes de fonctionnement du C.N.R.S., ainsi que les programmes qui pourraient les intéresser et sont effectués dans une autre université, au C.N.R.S., dans les administrations centrales ou les organismes régionaux.

#### **B - Création de techniques de diffusion rapide**

**Côté C.N.R.S., il faut d'urgence analyser les techniques actuelles de**

---

(1) Simples exemples indicatifs : Association française de science politique (Paris, présidée par François GOGUEL) ; Association des historiens du droit, des institutions et des faits sociaux (Paris, présidée par Pierre JAUBERT, secrétaire général : Gérard SAUTEL) ; Association française des historiens des idées politiques (Aix, président : Henri MOREL) ; Association Famille et Droit (Paris, Président : Jacques FOYER) ; Comité français de droit international privé (Paris, secrétaire général : Mme Marthe SIMON DEPITRE ; publie tous les deux ans les travaux du Comité) ; Société française pour le droit international, (Secrétaire général : Gérard COHEN JONATHAN : Strasbourg) ; Institut de droit romain (Paris, Secrétaire général : Jean Philippe LEVY ; conférences scientifiques périodiques) ; Société d'histoire du droit (Paris, Président Robert VILLERS ; conférences scientifiques périodiques) ; Société d'histoire du droit et des constitutions des anciens pays de droit écrit (présidée par M. GOURON et qui publie un recueil périodique et des ouvrages) ; la Société pour l'histoire du droit et des institutions des anciens pays bourguignons, comtois et romands (présidée par Jean PART et qui fait paraître des ouvrages et chaque année une revue) ; etc...

(2) Exemples : Association internationale de philosophie (Section française : centre de philosophie du droit, Michel VILLEY) ; International Law association (Secrétaire général de la section française : David RUZIE) ; Association Henri Capitant (Philippe MALINVAUD) ; Institut du Droit international (qui publie chaque année un annuaire, etc...).

**publicité, rechercher les causes de leur inefficacité pratique** et trouver des remèdes. A plusieurs reprises, la section a proposé sa collaboration, mais en vain.

Il faut pour l'avenir inventer un système (simple, rapide et peu coûteux) permettant de diffuser des **bilans partiels une fois par an**, avec des possibilités de mise à jour (comme les jurisclassesurs).

Ces bilans seraient subdivisés par dominantes (voir par exemple IIIème partie § 2 et envoyés aux universitaires afin de les mobiliser. Si **20 %, voire 10 %, complémentaires d'universitaires participent aux programmes** (C.N.R.S. ou hors C.N.R.S.), la partie sera gagnée et au cours des prochaines années le mouvement s'amplifiera (1).

Restent à résoudre les problèmes scientifiques (la participation d'un chercheur de la section 34 est indispensable) et financiers (prise en charge par le C.N.R.S., notamment le C.D.S.H.). Le C.N.R.S. peut et doit faire un gros effort (2).

## II . STRUCTURATION LOURDE DES RECHERCHES JURIDIQUES ET POLITIQUES

### § 1. GRECO ET GIS : STRUCTURATION DE FORMATIONS DEJA EXISTANTES

Le GRECO (3) rassemble des équipes géographiquement dispersées, associées au CNRS, composées, exclusivement ou non, d'universitaires, autour d'un même thème. Le GIS (4) rassemble en un même lieu des équipes ayant des thèmes différents.

L'une des priorités actuelles du C.N.R.S. est d'accroître considérablement le nombre des GRECO et GIS.

#### A - Dans certains secteurs, utilité certaine des GRECO et GIS

##### 1 - Intérêts scientifiques et matériels des GRECO et GIS

Ces regroupements volontaires d'équipes, unies par une communauté d'intérêts, permettent (5) :

- de poursuivre un programme scientifique, pluridisciplinaire ou interuniversitaire ;
- de gérer en commun des équipements collectifs nécessaires à la recherche (informatique, bases de données, publications, gros équipements) ;
- d'organiser des activités communes (séminaires, formation permanente, tables rondes, etc...) ;
- de faciliter la diffusion des résultats de la recherche
- etc..

##### 2 - Faible place des GRECO et GIS au sein des sciences juridiques et politiques

Au sein des 6 sections de sciences sociales, le potentiel GRECO-GIS

(1) Un mouvement de mobilisation a commencé en histoire du droit, grâce à une information systématique de l'Association nationale des historiens du droit (diffusion systématique de bilans généraux). En science politique, la mobilisation est achevée depuis longtemps.

(2) La présente revue de recherche juridique fondée à Aix peut constituer un support de mobilisation si elle est aidée par le C.N.R.S. et si sa diffusion devient importante (référence : R.R.J.)

(3) GRECO : Groupement de recherches coordonnées.

(4) GIS : Groupement d'intérêt scientifique.

(5) Comme l'indique déjà l'avant-projet du C.N.R.S. de septembre 1980 (p. VIII, 10 et 11). cf. R.R.J. 1979-1980, n° V-8, p.11 et s.

relevant de la section 34 semble très faible (1) : 3 GRECO (2) et aucun GIS pour 37 équipes en 1981 (3). Sept formations relevant de la section 34 sont entrées dans ces 3 GRECO.

Il faut ajouter que 2 formations relevant de la section 34 font partie de 2 autres GRECO (4) et 4 formations de 3 GIS (5).

En résumé et en tenant compte du fait que 2 formations participent à la fois à 1 GRECO et à 1 GIS (6), 11 formations relevant de la section 34 (sur 37 formations) font partie de GRECO et GIS.

Ce n'est pas négligeable, mais c'est peut-être faible. Aussi le C.N.R.S. envisage-t-il de redresser la situation en prévoyant au cours des prochaines années des créations ouvertes aux disciplines de la section 34 : 4 à dominante juridique et 6 autres accessibles aux sciences juridiques et politiques (7).

(1) Un simple tableau est éloquent.

- (Section 30) anthropologie, préhistoire, ethnologie	:	0 GRECO, 0 GIS ;
- (Section 31) sociologie et démographie	:	2 GRECO, 1 GIS (Nantes) ;
- (Section 32) géographie	:	3 GRECO, 3 GIS (Paris, Lille, Aix) ;
- (Section 33) Sciences économiques	:	4 GRECO, 7 GIS (3 à Paris, 2 à Lyon, Grenoble, Rennes).
- Section 34 (Sciences juridiques et politiques)	:	3 GRECO, 0 GIS ;
- (Section 40) histoire moderne et contemporaine	:	<u>2 GRECO, 1 GIS (Paris)</u> 14 GRECO, 12 GIS (7 en Provence, 5 à PARIS).

(2) Les 3 GRECO relevant à titre principal de la section sont les suivants :

- GRECO 14, GRAL, groupement de recherches coordonnées sur l'administration locale (Paris I, Jean BOUINOT et Georges DUPUIS) regroupant 23 équipes dont 2 ERA relevant de la section 34 : ERA 580, CERVL (Bordeaux, Albert MABLEAU) et ERA 934, Centre de recherches administratives (Aix III, Charles DEBBASCH) ;
- GRECO 15, Centre d'études et de recherches sur les Sociétés de l'Océan Indien (Aix III, Louis FAVOREU) regroupant 14 équipes dont 2 formations relevant de la Section 34 : LA 99, CERI (FNSP, Hermet) et ERA 70, CEAN (Bordeaux, Dimitri LAVROFF) ;
- GRECO 42, Banque de données sociopolitiques (Grenoble, Frédéric BON) regroupant 4 équipes dont 3 associés relevant de la section 34 : LA 120, CEVIPOF, (FNSP, Alain LANCELOT), ERA 71, CERAT (Grenoble, D'ARCY) ; ERA 817 (Lille, TOULEMONDE).

(3) En tenant compte des 3 créations pour 1981 et en ne déduisant pas les RCP (équipes de recherches coopératives programmées), il y a 37 équipes : un laboratoire propre, 5 laboratoires associés, 2 équipes de recherches et 29 équipes de recherches associées.

(4) Fait partie du GRECO 13, Migrations internationales (Paris, Dominique LAHALLE) : le LA 150, CRESM (Aix III, Maurice FLORY). Fait partie du GRECO 25, Histoire ancienne du christianisme (Strasbourg II, André BENOÏT) ; l'ERA 429, Centre de documentation de droits antiques (Paris II, Guillaume CARDASCIA).

(5) Fait partie du GIS 1, mondes romains et post romains (Maison des sciences historiques, Paris I, Mme AHRWEILLER) : l'ERA 429, Centre de documentation des droits antiques (Paris II, Guillaume CARDASCIA). Font partie du GIS 25, Economie et droit de la production (Grenoble II, Jean-Marie MARTIN) ; l'ERA 169, droits de la propriété industrielle et intellectuelle (Grenoble II, Mme Marie-Angèle PEROT-MOREL) et l'ERA 510, Aspects juridiques et économiques de la production (Grenoble II, BERR et REBOUD). Fait partie du GIS 1200, Maison de la Méditerranée (Aix II, Jean-Louis MIEGE) : le LA 150, CRESM-Aix II, Maurice FLORY).

(6) Le LA 150 et l'ERA 429.

(7) L'avant-projet de septembre 1980 (tableau 2) prévoyait :

- 3 GRECO juridiques : recherches criminologiques ; propriété industrielle ; informatique juridique ;
- 1 GIS juridique : droit comparé (déjà envisagé, mais difficile faute de locaux) ;
- 4 GRECO ouverts aux juristes et politologues : Aménagement territorial et urbain ; URSS et pays socialistes ; Monde arabe ; Afrique ;
- 2 GRECO vagues : Services et activités tertiaires ; Sciences sociales.



### **3 - Malheureusement les règles du jeu concernant la création des GRECO et GIS sont peu claires.**

- **quelles sont les conditions nécessaires pour créer un GRECO ?** Les équipes participantes doivent fournir des contributions prises sur leurs moyens et le C.N.R.S. apporte une dotation complémentaire : quel est le montant global minimum devant être fourni par les équipes ? Quelle est la dotation minimale du C.N.R.S. ?

- **quelle est la politique immobilière du C.N.R.S. ?** Pour créer un GIS, il faut d'abord un immeuble ou une partie d'immeuble, abritant les services communs et les équipements lourds des équipes participantes. Peu d'universités peuvent céder quelques centaines de mètres carrés pour un GIS. Le C.N.R.S. doit avoir une politique décennale d'acquisition et de construction (1).

L'échec du GIS de droit comparé dans la région parisienne fut essentiellement dû à l'absence de 300 ou 400 mètres carrés (2). Comment songer à une politique du développement des GIS si le problème immobilier n'est pas réglé par le C.N.R.S. ? De manière plus générale, l'expérience montre que l'octroi de locaux double le rendement des chercheurs et ITA.

### **B - Dans d'autres secteurs, inutilité de créer des GRECO et GIS**

#### **1 - Inadaptation à certaines disciplines**

Les regroupements d'équipes en GRECO ou GIS sont totalement inadaptés à certaines disciplines, tout au moins dans les toutes prochaines années : philosophie du droit, droit administratif et sciences administratives, etc...

#### **2 - En science politique, rôle autrefois joué par la F.N.S.P. et l'A.F.S.P.**

En science politique, l'existence de la FNSP et de l'AFSP a autrefois joué certains rôles assignés aujourd'hui aux GRECO. Il n'y a pas en France de recherches isolées en science politique et des liens existent entre Paris, Bordeaux et Grenoble, mais aussi entre les divers centres de Paris ou entre ceux de Paris, Lille, Reims et Rennes (3).

#### **3 - Les difficultés de la pluridisciplinarité**

On ne peut pas reprocher aux juristes et politologues d'être repliés sur eux-mêmes, car 14 formations relevant à titre principal de la section 34

(1) Voir p. 309, note 1.

(2) Le C.N.R.S. conserve d'ailleurs le projet d'un GIS de droit comparé : mais où ? quand ? comment ?

(3) L'exemple de la FNSP montre d'ailleurs certaines difficultés pour de nouveaux centres à s'implanter et à se développer à l'ombre d'une grande maison. Inversement la recherche en science politique ne se serait pas si développée sans le rôle moteur de la FNSP. Signalons, à un niveau international, la naissance et le développement au cours des dernières années du consortium européen de recherches en science politique qui organise chaque année des rencontres entre chercheurs français et étrangers. C'est un stimulant pour les équipes et chercheurs qui en sont membres, un facteur de renouvellement des thèmes de recherche et un contrepois utile face à une certaine domination américaine.

relèvent également d'autres sections (1) et inversement 14 formations dépendant à titre principal d'autres sections dépendent également de la section 34 (2).

Jusqu'ici le C.N.R.S. a voulu que les GRECO aient un caractère pluridisciplinaire en associant des équipes d'origine différente autour d'un même thème, parfois très général. Or il n'est pas toujours évident que les recherches doivent être largement pluridisciplinaires :

- certains domaines s'y prêtent mal ;
- les juristes sont souvent mal à l'aise dans la pluridisciplinarité, parfois à cause des non juristes : les juristes qui tentent l'expérience sont fréquemment dégoûtés et abandonnent l'expérience ;
- un GRECO à dominante juridico-politique (avec éventuelle collaboration d'économistes) est préférable dans certains cas et peut regrouper des équipes géographiquement dispersées.

#### 4 - Caractère parfois artificiel des GRECO

L'expérience montre que, dans une période de pénurie, des formations se sont parfois fédérées pour obtenir des crédits complémentaires alors qu'aucune réelle volonté de coopération n'existait.

(1) Quatorze formations relevant à titre principal de la section 34 relevant également d'une autre section (signalée entre parenthèses) : 1- LP 831, IRJC (40 : histoire moderne et contemporaine) ; 2- LA 150 CRESM, Flory (33 : sciences économiques) ; 3- LA 99, CERI, Hermet (40 : histoire moderne et contemporaine) ; 4- LA 120, CEVIPOF, Lancelot (31 : sociologie et démographie) ; 5- ERA 510, Berr-Reboud (33 : Sc. économique) ; 6- ERA 429, CDDA, Cardascia (37 : Langues et civilisations classiques) ; 7- ERA 96, IRETII, Catala (2 : informatique) ; 8 ERA 515, Charlot (35 : Langues et littérature étrangère) ; 9- ERA 71, CERAT, D'Arcy (31 : sociologie et démographie) ; 10- ERA 876, Prieur (29 : écologie) ; 11- RCP 399, Kalogeropoulos (26 : psychologie ; 31 : sociologie) ; 12- GRECO 14, Gral, Bouinot (31 : sociologie et démographie ; 33 : Sc. économique ; 40 : histoire moderne et contemporaine) ; 13- GRECO 15, Océan Indien, Favreau (32 : géographie ; 33 : Sc. économique ; 35 : Langues et littérature étrangères ; 40 : histoire moderne et contemporaine) ; 14- GRECO, Banque de données socio-politiques, Bon (31 : sociologie ; 40 : histoire moderne et contemporaine).

(2) Quatorze formations relevant à titre principal d'une autre section relèvent également de la section 34 et même d'autres sections : 1- LP 31, Crozier, 31<sup>o</sup> section, sociologie et démographie (32 : géographie ; 34 : sciences juridiques et politiques) ; 2- LA 301, Berthomieu, 33<sup>o</sup> section, sciences économiques (31 : sociologie et démographie ; 34 : sciences juridiques et politiques) ; 3- LA 247, Etudes méridionales, Castan et Ravier, 39<sup>o</sup> section, Antiquité et histoire médiévale (34 : sciences juridiques et politiques ; 35 : Langues et civilisations étrangères ; 36 : études linguistiques et littéraires ; 40 : histoire moderne et contemporaine) ; 4- LA 108, Etudes germaniques, Dreyfus, 40<sup>o</sup> section, histoire mondiale et contemporaine (33 : sciences économiques ; 34 : sciences juridiques et politiques ; 35 : langues et civilisations étrangères) ; 5- LA 313, Etudes pénales et criminelles, Robert, 31<sup>o</sup> section : sociologie (34 : sciences juridiques et politiques) ; 6- ERA 110, migrations internationales, Lahalle, 31<sup>o</sup> section, sociologie (30 : Anthropologie ; 32 : géographie ; 34 : sciences juridiques et politiques ; 35 : langues et civilisations étrangères ; 38 : langues et civilisations orientales) ; 7- ERA 147, Vincens, 33<sup>o</sup> section, sciences économiques (34 : sciences juridiques et politiques) ; 8- RCP 366, Benzeori, 33<sup>o</sup> section, sciences économiques (26 : psychologie ; 30 : anthropologie ; 31 : sociologie ; 34 : sciences juridiques et politiques) ; 9- RCP 597, Duroselle, 40<sup>o</sup> section, histoire moderne et contemporaine (34 : sciences juridiques et politiques) ; 10- RCP 563, Malecot, 38<sup>o</sup> section, langues et civilisations orientales (31 : sociologie ; 34 : sciences juridiques et politiques) ; 11- RCP 498, Philibert, 41<sup>o</sup> section, philosophie ; 12- GRECO 25, histoire ancienne, christianisme, 37<sup>o</sup> section, langues et civilisations classiques (34 : sciences juridiques et politiques ; 41 : philosophie) ; 13- GRECO Bataillon, Amérique latine, 32<sup>o</sup> section, géographie (6 sections) ; 14 GRECO 13 Lahalle, Migrations, 31<sup>o</sup> section, sociologie (7 sections).

## C - Graves dangers éventuels d'une politique systématiquement favorable aux GRECO-GIS

### 1 - Danger intellectuel pour la créativité scientifique

En soi, la création d'un GRECO (ou GIS ou réseau) n'est pas, pour la matière grise, une source créative, puisqu'elle regroupe des formations préexistantes. La source vive d'imagination vient d'abord des équipes de base. Le GRECO peut consolider et améliorer, ce qui est très utile ; mais en soi il ne crée pas. Ce n'est pas une panacée, comme semble le penser le C.N.R.S.

En outre, l'expérience a montré qu'il faut tenir compte des effets négatifs pouvant découler d'un GRECO, tout particulièrement la difficulté d'émergence de petites équipes parallèles assurant le pluralisme des écoles (1).

### 2 - Affaiblissement du rôle des petites et moyennes formations

L'effort de structure fédérale

- ne doit pas faire perdre de vue qu'il est essentiel de conserver les petites et moyennes formations qui jouent, séparément et au niveau national, un rôle fondamental dans la recherche française. D'ailleurs ces équipes ont à la base un rôle créateur, alors qu'un GRECO ou GIS a pour mission de coordonner ce qui préexiste ;
- ne doit pas condamner les chercheurs isolés (isolés parce qu'ils sont parfois des pionniers ou parce qu'il n'y a pas d'équipe correspondant à leurs recherches dans leur région, voire en France) et les aides individuelles (souvent extrêmement bénéfiques) ;
- ne doit pas empêcher les petites et moyennes formations, ainsi que les chercheurs isolés d'avoir accès aux moyens lourds de documentation (réseaux informatisés par exemple).

### 3 - Risque d'aggraver l'érosion budgétaire des formations non fédérées

Un GRECO coûte cher et ce coût croît rapidement avec les années, risquant d'empiéter sur les crédits des autres équipes. Les formations ont subi au cours des dernières années une diminution réelle de leurs crédits : le coût croissant des GRECO (privilegiés dans le budget du C.N.R.S.) et la création de nouveaux GRECO ne vont-ils pas accentuer l'érosion budgétaire des autres formations ?

**Conclusion : Dans le cadre des contraintes budgétaires, il faut définir des priorités (v. infra III) :**

- **d'abord consolider** les formations actuelles de haute qualité, car elles ont beaucoup souffert au cours des dernières années ;
- **parallèlement créer** des formations de haute qualité pour combler les lacunes ;
- enfin, **lorsque cela est particulièrement justifié**, créer un petit nombre de GRECO et GIS, à condition que le C.N.R.S. fasse un **effort exceptionnel s'ajoutant aux consolidations et créations** (2).

(1) La FNSP a essayé d'éviter cette difficulté, en ne s'opposant pas à l'émergence de petites équipes aux conceptions marginales.

(2) L'avant-projet du C.N.R.S. en sciences sociales prévoit au cours des prochaines années la constitution de 18 GRECO-GIS-Réseaux documentaires. Si ces créations étaient réalisées, elles absorberaient une quantité phénoménale de moyens en crédits et en personnels. Cela ne pourrait se faire qu'au détriment des équipes actuelles ou à créer, car l'enveloppe budgétaire est et sera limitée. Est-ce raisonnable ?

## § 2. LES MOYENS LOURDS POUR LES SCIENCES JURIDIQUES ET POLITIQUES

Le développement des moyens lourds est une des grandes priorités actuelles du C.N.R.S.

### A - Le droit à la différence : spécificité des sciences sociales

Les gros équipements des sciences "exactes" (cyclotron ; navire océanographique ; fusée Ariane ; gros laboratoires physiques, nucléaires ; etc..) correspondent en sciences sociales aux fonds scientifiques, aux banques de données, aux crédits de missions et vacations, aux publications ;

Les premiers doivent être renouvelés au bout de quelques années. Les seconds sont permanents.

**Il faut encore le répéter, car les autorités supérieures n'en tiennent pas compte :**

aux dépenses de gros équipements des sciences "exactes" correspondent en sciences sociales :

- . des crédits de fonctionnement (fonds scientifiques, heures de calcul, etc),
- . des crédits de vacations,
- . des crédits de mission ,
- . des crédits de publication.

**La notion de moyens lourds doit donc être adaptée aux sciences sociales.**

### B - Utilité certaine des moyens lourds et accessibles dans les sciences juridiques et politiques

L'utilité est justifiée en partie : souvent les recherches juridiques pèinent faute de moyens lourds suffisants (ouvrages scientifiques peu nombreux ou peu accessibles ; banques de données insuffisantes ou inexistantes ; recours difficile aux moyens automatiques de traitement).

Les raisons sont nombreuses et peuvent se combiner : coûts, éloignement géographique, centres lourds existants inadéquats, inadaptation des chercheurs aux méthodes modernes, etc...

Il est certain que dans l'avenir la télématique devrait permettre une saisie rapide, aisée et complète des données (1), surtout si des réseaux documentaires sont mis en place et si les utilisateurs sont formés.

#### 1 - Grands fonds scientifiques spécialisés : la baisse des crédits réels

a - Les ouvrages scientifiques constituent une des bases essentielles de travail des chercheurs dans les sciences juridiques et politiques ;

b - Or la diminution des crédits réels a entraîné au cours des dernières années une **importante dégradation des fonds scientifiques** : le nombre des achats diminue sans cesse.

Ces fonds scientifiques sont devenus insuffisants et sont dispersés géographiquement, bibliothèques universitaires et interuniversitaires (2), fonds

(1) Textes de base, jurisprudence, résultats d'enquête et de sondage, etc...

(2) Il faut souligner la dégradation du niveau des fonds des bibliothèques universitaires et interuniversitaires, en raison de l'insuffisance des crédits qui leur sont attribués. Les conservateurs doivent faire des choix et couvrir les besoins de la masse des étudiants des deux premiers cycles. Enfin les bibliothèques universitaires des jeunes universités ont un retard qui ne pourra jamais être comblé.

constitués par les universités (1), fonds des équipes associées au C.N.R.S. dont les crédits réels de fonctionnement diminuent (2), éventuels fonds provenant de contrats publics ou privés (3).

c - L'existence de **très grands fonds scientifiques** spécialisés est utile et certains fonctionnent très bien (4). Dans quelques cas limites, la création d'un GIS peut rassembler des fonds propres à une discipline jusqu'ici dispersés dans la même ville (5) : cela implique une aide complémentaire considérable du C.N.R.S. (immeubles, postes, infrastructures).

d - La création par le C.N.R.S. de **réseaux documentaires** sur les fonds scientifiques est beaucoup plus utile et pratique :

- il faut qu'une équipe ou un chercheur sache rapidement où se trouve tel ouvrage sans avoir à payer une redevance coûteuse ;
- la concentration de fonds actuellement dispersés serait le plus souvent inopportune : elle gênerait les conditions de travail des équipes privées de leurs fonds, il serait profondément injuste de les enlever à ceux qui, pendant des années, ont utilisé une partie de leurs crédits à les constituer (6) ;
- la possibilité de micro-films avec des coûts raisonnables devrait être étudiée ;
- il faudrait enfin développer la compatibilité entre les différents fonds documentaires et les différentes bibliothèques.

#### e - Conclusion

La création de réseaux documentaires à condition qu'ils soient **judicieusement étudiés** (attention aux mots clefs) sera très utile et doit être encouragée. La constitution d'énormes fonds scientifiques nouveaux devra être plutôt exceptionnelle. **Avant tout, les crédits de fonctionnement destinés aux fonds scientifiques doivent augmenter en valeur réelle.**

#### 2 - Centres documentaires, banques de données documentaires et factuelles

Les recherches en sciences sociales reposent très souvent sur des informations dont la diversité et la quantité peuvent être très importantes :

---

(1) Devant l'insuffisance des fonds scientifiques et voulant développer la recherche, les universités ont dû constituer des fonds scientifiques locaux spécialisés (confiés à des U.E.R. spécialisées ou à des Instituts ou équipes) en faisant des prélèvements :

- sur leurs crédits de fonctionnement courant : ceux-ci servent pour une part variable et souvent faible à des Instituts ou salles de travail de troisième cycle. Les fonds locaux ainsi créés et entretenus ont une valeur scientifique précieuse et parfois considérable, mais les moyens des universités sont trop limités et le nombre des achats diminue d'année en année (crédits nominaux stagnants, coûts croissants). Quant aux jeunes universités, elles n'ont pas les moyens de constituer des fonds importants ;

- sur leurs crédits de recherche : une part (variable) des crédits accordés par la Mission de la recherche est consacrée aux fonds scientifiques locaux, mais cette part ne peut être importante (en valeur nominale).

(2) Certaines équipes aidées par le C.N.R.S. (associées ou non) sont obligées de consacrer une partie de leurs crédits à des achats d'ouvrages qui leur sont indispensables.

(3) Les contrats publics et privés ont servi et servent en partie aux achats d'ouvrages, ce qui a permis parfois des fonds scientifiques considérables.

(4) Exemples de très grands fonds scientifiques : science politique (FNSP, Monde arabe (FNSP et Aix), Océan Indien (Aix), Droit économique international (Dijon), Religions et institutions chrétiennes au XXème siècle (Strasbourg), Philosophie du Droit (Paris), Droits de l'Antiquité (Paris), etc...

(5) Exemple : GIS de droit comparé pour la région parisienne.

(6) Une université qui a subventionné pendant des années une équipe s'opposera au départ de son fonds scientifique et, peut-être, coupera les crédits.

il est essentiel de les rassembler et de les rendre exploitables (1). Il est incontestable que le traitement informatique des données est devenu indispensable pour traiter de grandes séries, bibliographiques ou factuelles.

Il faut souligner qu'un grave problème de conservation des archives doit être réglé : archives historiques dont le volume s'accroît considérablement, archives des instituts de sondage, documents publics, etc...

Les moyens humains et matériels d'une seule équipe, même très importante, sont insuffisants pour accomplir ces tâches. En plus de l'activité déjà signalée des GRECO et des GIS, le C.D.S.H. (2) pourrait a priori rendre de grands services dans les sciences juridiques et politiques, en révisant ses méthodes de travail, en définissant avec les spécialistes des disciplines les mots-clés, en développant davantage les relations avec les équipes qui ont constitué leurs propres banques de données (3). Il pourrait davantage aider les équipes à développer leurs banques de données, les conseiller dans le choix de logiciels adéquats en veillant à leur interconnection avec des réseaux généraux, améliorer la formation des chercheurs et ITA.

Autrement dit, le C.D.S.H. aux vastes ambitions pourrait servir utilement les sciences juridiques et politiques.

### 3 - Gros équipements informatiques

Depuis quelques années, plusieurs formations juridiques et politiques relevant de la section 34 font appel à de gros centres de calcul du C.N.R.S.,

(1) Exemples de grandes séries d'informations :

- dans toutes les disciplines : bibliographie des ouvrages, articles de revues, thèses, rapports, comptes rendus de commissions et colloques (en France et à l'étranger) ; inventaire des travaux actuels et en cours des formations de recherche (C.N.R.S., universités, etc...)
- dans les disciplines d'archives (histoire, science politique, sociologie et même droit) : dépouillement systématique de masses de documents et de séries jurisprudentielles ;
- dans les disciplines de terrain (science politique, sociologie, pays étrangers) : rassemblement des données fournies par les enquêtes et sondages.

(2) Le C.D.S.H. (Centre de documentation des sciences humaines) a son siège 54 bd Raspail, 75270 Paris Cedex 06 et trois antennes régionales à Grenoble (Université Grenoble II), Aix-en-Provence (GIS 1200, Maison de la Méditerranée) et à Toulouse (SEDAP, Université de Toulouse II).

La liste théorique de ses activités est impressionnante, notamment :

- constitution de bases de données bibliographiques (articles, ouvrages, thèses, comptes rendus de colloques) : les différentes bases de données ont été regroupées sous l'appellation de FRANCIS : fichier de recherches automatisées sur les nouveautés, la communication et l'information en sciences sociales et humaines) et comporte environ 550 000 références (accroissement annuel de 7000) ;
- exploitation des bases de données : diffusion sélective des informations sur profil d'intérêt, recherches en différé par les logiciels, accès en conservationnel ;
- publication de 25 bulletins bibliographiques périodiques (dont la "Bibliographie annuelle de science administrative", trimestriel, en collaboration avec l'ERA 244 dirigée par R. Drago) ; "Informatique et sciences juridiques" (semestriel) ;
- publication d'ouvrages documentaires ou faisant le point des thèmes ayant un intérêt documentaire pour les sciences humaines ;
- appui technique à des opérations d'automatisation de produits documentaires ;
- publication régulière d'informations sur les équipes de recherche liées au C.N.R.S. et sur les contrats ATP du C.N.R.S. ;
- etc...

(3) Le C.D.S.H. et l'ERA 429 (Centre de documentation des Droits antiques) ont passé une convention extrêmement bénéfique qui sauvegarde l'autonomie de l'ERA.

notamment le CIRCE (1), ou d'universités, qui sont absolument indispensables à leurs activités (2).

L'informatique juridique et l'informatique politique connaîtront un grand essor dans les prochaines années en raison des besoins croissants. Le développement et la création (après études préalables) de centres de calcul pourraient être utiles, lorsque les universités ne peuvent plus (ou pas) remplir cette tâche. Une collaboration université-C.N.R.S. (déjà existante) et comité national du C.N.R.S. pourrait définir les axes de développement pour les dix prochaines années.

En revanche, les deux unités du LISH (3) semblent relativement peu utilisées par les formations et chercheurs des sciences juridiques et politiques, probablement parce qu'elles ne sont pas adaptées à leurs besoins.

### C - Les limites des équipements lourds

1 - **Inutilité dans certaines disciplines** : sauf pour les fonds scientifiques (des réseaux documentaires spécialisés sont partout utiles), le recours aux moyens lourds est inutile pour certaines formations ; il est faible dans d'autres équipes.

2 - **Coûts exagérés de certains moyens lourds au sein du budget du C.N.R.S.** Ainsi le CDSH coûte très cher en crédits et emplois ITA, alors qu'il répond très peu aux besoins des juristes et politologues (4). Les centres lourds du C.N.R.S. concentrent un très grand nombre d'emplois d'ITA, alors que beaucoup d'équipes qui créent la vraie recherche n'en ont pas assez ou n'en ont aucun. Enfin, il serait nécessaire que les utilisateurs potentiels soient consultés afin d'accroître la rentabilité scientifique de ces centres très coûteux.

3 - **Coûts trop élevés payés par les utilisateurs** : l'utilisation des centres lourds par les équipes et chercheurs coûte très cher et grève leurs budgets. Notons en passant que les centres du C.N.R.S. ajustent leurs tarifs, alors que les budgets des formations diminuent en valeur réelle. Cela incite les

(1) Le CIRCE (Centre interrégional de calcul électronique), situé à Orsay, est le principal centre de calcul scientifique polyvalent du C.N.R.S. En outre, le C.N.R.S. dispose d'un centre de calcul à Strasbourg, du centre de calcul interuniversitaire du Pharo à Marseille, d'un centre d'informatique de gestion à Paris (rue du Maroc), du centre de calcul de l'INAG, du centre de calcul de l'IN 2 P 3, d'équipements informatiques divers.

(2) On peut signaler, dans le désordre, quelques équipes utilisant les centres de calcul du C.N.R.S. ou des universités et relevant à titre principal de la section 34 (liste indicative et non extensive) : LP 831 (Institut de recherches juridiques comparatives, Ivry, Lesge) ; LA 150 (CRESM, Aix, Flory) ; LA 120 (CEVIPOF, Paris FNSP, Lancelot) ; ERA 429 (Centre de documentation des droits antiques, Paris, Cardascia) ; ERA 71 (CERAT, Grenoble, D'Arcy) ; ERA 286 (Centre de recherche et de documentation des institutions chrétiennes, Strasbourg, Schlick) ; ERA 96 (IRETII Montpellier, Catala) ; ERA 791 (Centre d'études d'informatique et de sociologie judiciaires, Cosnard) ; ERA 145 (Centre d'étude d'histoire juridique, Paris, Timbal) ; ERA 641 (Centre d'histoire des anciens pays de droit écrit, Montpellier, Gouron), etc.. D'autres équipes utilisent plus ou moins les centres de calcul et la liste donnée n'est pas exhaustive.

(3) Le LISH (Laboratoire d'informatique pour les Sciences humaines) a une unité à MARSEILLE et une autre à PARIS. D'après les informations, la participation de formations juridiques et politiques est extrêmement faible. Une troisième unité du LISH vient d'être créée à TOULOUSE.

(4) Dans un rapport présenté devant la section 34 et approuvé par celle-ci, Madame PERCHERON avait très bien montré les défauts du C.D.S.H. pour les Sciences juridiques et politiques. On pourrait ajouter que le SERDAV (1 500 000 F pour le secteur des sciences sociales) ne sert qu'à une section : la sociologie.

utilisateurs potentiels à utiliser des méthodes artisanales, moins efficaces, mais moins onéreuses.

Une étude devrait être faite rapidement dans ce domaine par le C.N.R.S. qui assure, il ne faut pas l'oublier, un service public.

4 - **Décentralisation nécessaire des banques de données**. Le C.N.R.S. ne doit pas être hypertrophié : les bases de données doivent rester dans les formations, même si des interconnexions sont réalisées.

Il ne faut pas développer les banques nationales de données pour le seul plaisir de les engranger. Il faut que les banques donnent lieu à des recherches et celles-ci se font au niveau des équipes et des chercheurs.

### III - AXES SCIENTIFIQUES PRIORITAIRES JURIDIQUES ET POLITIQUES

L'avant-projet du C.N.R.S. de septembre 1980 soulève des critiques (§ 1) et des propositions seront faites (§ 2).

§ 1. CRITIQUE DE L'AVANT-PROJET DU C.N.R.S. (septembre 1980) : axes prioritaires et jugements.

Il faut rappeler que Monsieur le Directeur Lisle et ses services ont eu le mérite de **tenter un avant-projet dont la rédaction fut très difficile et de les diffuser** (v. p.249). Ce document a eu, en outre, le mérite de susciter des réactions de la part des sections, permettant ainsi de mieux réfléchir sur leurs disciplines, leur état actuel et leurs perspectives d'avenir. Cette procédure est donc très utile.

En son état actuel, l'avant-projet soulève des critiques, tant sur les axes prioritaires choisis (A) que sur les jugements portés sur les recherches actuelles (B).

A - Critique des axes prioritaires indiqués par le C.N.R.S. (1).

L'avant-projet du C.N.R.S. pour les sciences sociales donne une liste de 21 programmes (2) prioritaires qui peuvent se recouper : 10 thèmes, 7 aires (3), la méthodologie et 3 programmes pluridisciplinaires.

(1) Avant-projet page VIII, 9 et tableau annexe 2. R.R.J. 1979-1980, n° V - 8, p.11 et s. et 16.

(2) Ces 21 axes indiqués par l'avant-projet de septembre 1980 sont les suivants :

- **10 thèmes prioritaires** : 1- Démographie-Santé ; 2- Travail-Formation-Emploi-Chômage ; 3- Religions-Mentalités-Ideologie ; 4- Culture et communication ; 5- Organisation contrôle social ; 6- Gestion-décision ; 7- Environnement physique-Aménagement ; 8- Activités économiques ; 9- Relations internationales ; 10- Observation du changement social ;
- **7 aires** : 1- Europe arctique (sic) ; 2- URSS et pays socialistes ; 3- Amérique latine ; 4- Monde arabe ; 5- Asie-Océanie ; 6- Afrique-Océan Indien ; 7- Comparaison inter aires.
- **Méthodologie** ;
- **3 programmes interdisciplinaires** : 1- L'homme et son environnement ; 2- Service, technologie et société ; 3- Petites et moyennes entreprises. cf. R.R.J. ibid.

(3) Deux remarques sur les aires.

- L'Amérique du Nord (Canada et Etats-Unis) est considérée comme négligeable, alors qu'il n'y a que peu de recherches (depuis des années) en sciences juridiques et politiques ;
- L'Europe "arctique" prioritaire doit-elle se limiter aux pays scandinaves et à l'Irlande ou être étendue à la France, au Bénélux et à la R.F.A. ? La première hypothèse serait aberrante en écartant les recherches sur la France. Si la seconde hypothèse était bonne, le vocabulaire du C.N.R.S. devrait être revu. La France n'est pas un pays arctique selon les meilleurs dictionnaires. Le Petit Larousse : arctique qui vient du grec **arktikos** (du Nord) : se dit des régions polaires septentrionales.



### 1 - Caractère trop abstrait de ces axes

Cet avant-projet commun aux six sections de sciences sociales, qui sont fort différentes, devait assurément trouver des thèmes généraux, car il ne peut y avoir au sein du C.N.R.S. 41 schémas correspondant aux 41 sections.

Mais finalement est-ce une bonne méthode que d'annoncer des axes scientifiques prioritaires pour aboutir à des dénominateurs communs aux sciences sociales, souvent très généraux et vagues, où tout pourrait rentrer (1).

### 2 - Inadaptation de l'avant-projet à d'excellentes recherches actuelles qui doivent rester prioritaires

Il est difficile de classer sans arbitraire dans le tableau du C.N.R.S. d'excellentes recherches actuelles, qu'il faut conserver et consolider : certaines pourraient être classées sous plusieurs rubriques prioritaires (2), mais le C.N.R.S. refuse les doubles emplois. Que peut recouvrir la priorité accordée à la "méthodologie" : chaque discipline a des méthodes (en partie) spécifiques (3). Signalons que l'axe "l'homme et son environnement" pourrait regrouper toutes les recherches dans le temps et l'espace, actuelles et futures.

En conclusion, l'intitulé des axes prioritaires devrait être entièrement revu (4), au moins pour tenir compte des sciences juridiques et politiques. Les sciences économiques et de gestion sont-elles plus à l'aise avec les axes "Activités économiques" et "Gestion-décision" ?

## B - Critique des jugements portés par le C.N.R.S. sur les activités actuelles en sciences juridiques et politiques

### 1 - Choix d'un indicateur insuffisant : "effectifs répartis par axes prioritaires"

Pour connaître les points forts ou faibles des recherches en cours, le

(1) Exemple "Observation du changement social". Comme la société a évolué depuis l'Antiquité jusqu'en 1981, sous tous ses aspects, et est en cours de mutation, toutes les recherches peuvent pratiquement entrer dans ce thème et être prioritaires !

Autres exemples : "Religions, mentalités, idéologies" ou "Organisation du contrôle social".

(2) Certaines recherches actuelles sont difficiles à classer ou classables plusieurs fois :

- informatique juridique : assurément en "méthodologie", mais aussi en "organisation du contrôle social", en "observation du changement social", etc..

- sociologie juridique : "Religions mentalités" ? "Organisation du contrôle social" ? "Observation changement social" ?

- criminologie : "Religions mentalités" ? "Organisation du contrôle social" ? "Observation changement social" ?

- droit économique et relations économiques internationales : "Gestion-décision" ? "Activités économiques" ? "Relations internationales" ?

- science politique : **elle recouvre plusieurs axes prioritaires** ;

- histoire du droit, des institutions et des faits économiques et sociaux : assurément "Observation du changement social", mais aussi "Religions-mentalités", "Culture et communication", "Organisation du contrôle social", "Activités économiques", "Relations internationales". L'histoire est une approche historique de **tous** les problèmes ;

- droit administratif et science administrative : quel classement ?

- philosophie et logique du droit : quel classement ?

(3) Les disciplines ont leurs propres contraintes méthodologiques qui sont différentes en droits cunéiformes, en droit romain, en droit médiéval, en droit privé familial, en droit économique et relations économiques internationales, en droit international public et relations économiques internationales, en sociologie politique, en criminologie, en philosophie du droit, etc..

(4) La précédente section 34 avait à deux reprises proposé des axes prioritaires qui auraient pu convenir aux cinq autres sections de sciences sociales (au moins en partie). Le C.N.R.S. n'en a pas tenu compte.

C.N.R.S. a choisi comme indicateur les effectifs actuels (chercheurs C.N.R.S. et universitaires, ITA du C.N.R.S. et universitaires).

Le C.N.R.S. a réparti les effectifs au sein des 18 axes prioritaires qu'il avait préalablement définis (en ne tenant pas compte des trois programmes pluridisciplinaires en cours de lancement). Systématiquement, les doubles emplois ont été écartés.

Un tableau à double entrée (effectifs, axes) fut dressé pour chaque axe (1) et joua un rôle fondamental, car le C.N.R.S. en déduisit les points forts des recherches actuelles et les points faibles qu'il faudrait développer : ce tableau devait servir de base pour la politique du C.N.R.S. au cours des prochaines années.

Le choix d'un indicateur numérique "Effectifs axes prioritaires" était commode et intéressant : il avait le mérite de la simplicité.

**Mais cet indicateur est purement quantitatif** : il ne tient absolument pas compte de la valeur **qualitative** des recherches actuelles. D'autres indicateurs, (**fournis chaque année par les sections**) **sont plus importants : travaux effectifs, qualité des recherches, notoriété nationale et internationale, valeur réelle des programmes.**

Le choix des axes prioritaires, une des deux bases du raisonnement du C.N.R.S., n'est d'ailleurs pas probant ; il faut le répéter (voir **supra** A).

Enfin, des discordances existent entre le tableau du C.N.R.S. et les conclusions qui en sont tirées (2).

## 2 - Evaporation curieuse de nombreux chercheurs et ITA C.N.R.S.

99 chercheurs C.N.R.S. relèvent de la section 34 : 78 sont mentionnés dans le tableau "fondamental" du C.N.R.S. **Où sont passés les autres ?** Même observation pour les ITA C.N.R.S. Certains axes prioritaires étant très vagues, la totalité des effectifs aurait dû être classée et le tableau du C.N.R.S. n'est donc pas fiable.

En passant, notons que les effectifs des chercheurs et ITA universitaires devraient également être vérifiés, car il y a des **anomalies**.

## 3 - Les faux points faibles des recherches actuelles

Le C.N.R.S. a voulu éviter des doubles emplois dans son tableau "effectifs-axes prioritaires", mais un même chercheur ou ITA peut être affecté à une formation exerçant des activités dans plusieurs axes prioritaires. Dans le tableau, il figure dans un axe, mais est absent dans les autres.

Aucune méthode n'est parfaite, celle du C.N.R.S. doit être changée en dressant des tableaux séparés, pour éviter les faux points faibles :

- effectifs pour les thèmes,
- effectifs pour les aires,
- effectifs pour la méthodologie.

(1) Avant-projet de septembre 1980 p. VIII, 9 et tableau 1. R.R.J. 1979-1980, n° V - 8, p.11 et s.

(2) Certaines conclusions de **points forts** correspondent à des indicateurs effectifs **faibles** dans le tableau. Certaines conclusions de points **faibles** correspondent à des indicateurs effectifs **forts dans le tableau**. Parfois il n'y a **pas de conclusion** : s'agit-il là de points moyens ? Le petit récapitulatif de la page suivante donne des exemples pour l'ensemble des 6 sections secteurs des sciences sociales.

**Effectifs (par axes) des chercheurs et ITA C.N.R.S.  
et jugements du C.N.R.S.**

Axes	Effectifs chercheurs CNRS et ITA CNRS	Conclusions du CNRS
1 - Envirt. phys. Aménagt.	73 + 111,5 = 184,5	Point de force
2 - Activités économiques	63 + 38,5 = 101,5	Point de force
3 - Asie, Océanie	76 + 15,5 = 91,5	Point de faiblesse
4 - Comparaison int.	36 + 48,5 = 84,5	(?)
5 - Méthodologie	17 + 62,5 = 79,5	(?)
6 - Europe arctique	35 + 40,5 = 75,5	Point de force
7 - Relations internationales	33 + 31,5 = 64,5	Point de force
8 - Culture et commun.	34 + 26 = 60	Point de faiblesse
9 - Travail, form. emploi	47,5 + 10,5 = 58	Point de force
10 - Religion, ment. idéol.	39 + 28 = 57	Point de force
11 - Observ. chang. social	42 + 13,5 = 55,5	(?)
12 - Monde Arabe	21 + 26,5 = 47,5	Point de faiblesse
13 - Afrique, Océan Indien	31 + 11 = 42	Point de force
14 - Démographie, Santé	15 + 24 = 39	Point de faiblesse
15 - Organ. contrôle social	28 + 6,5 = 34,5	(?)
16 - Amérique latine	23 + 7,5 = 30,5	Point de force
17 - Gestion, décision	11 + 7,5 = 18,5	Point de faiblesse
18 - U.R.S.S. et pays soc.	4 + 1 = 3	(?)

**Effectifs globaux par axes, des chercheurs (Université + CNRS)  
et ITA (Université et CNRS) et jugements du CNRS**

Axes	Effectifs globaux chercheurs et ITA	Conclusions du CNRS
1 - Envirt. phys. Aménagt.	320 + 156,5 = 476,5	Point de force
2 - Activités économiques	231 + 77,5 = 308,5	Point de force
3 - Relations internationales	196,5 + 70 = 276,5	Point de force
4 - Relig. mental. idéol.	196,5 + 56,5 = 256	Point de force
5 - Europe arctique	195,5 + 52 = 247,5	Point de force
6 - Travail., form. emploi	133 + 58 = 191	Point de force
7 - Asie, Océanie	154,5 + 29 = 183,5	Point de faiblesse
8 - Démographie, Santé	98 + 55 = 153	Point de faiblesse
9 - Observ. chang. social	129 + 13,5 = 142,5	(?)
10 - Culture et communic.	94,5 + 34 = 128,5	Point de faiblesse
11 - Compar. inter. civil	67 + 56 =	(?)
12 - Méthodologie	42 + 79,5 = 121,5	(?)
13 - Organ. contrôle social	85 + 34,5 = 119,5	(?)
14 - Amérique latine	103 + 13 = 116	Point de force
15 - Afrique, Océan Indien	79,5 + 18,5 =	Point de force
16 - Monde Arabe	55 + 28 = 83	Point de faiblesse
17 - Gestion, décision	43 + 8,5 = 51,5	Point de faiblesse
18 - U.R.S.S. et pays soc.	14 + 2 = 16	(?)

#### 4 - Méconnaissance par le C.N.R.S. des recherches actuelles relevant de la section 34

Les documents du C.N.R.S. (avant-projet de septembre 1980, tableaux récapitulatifs 1980 des formations) montrent que les activités actuelles sont mal connues, ce qui est étonnant : les dossiers d'activité et des formations (ainsi que les textes écrits des rapporteurs) sont stockés au siège du C.N.R.S. et l'annuaire du C.N.R.S., sciences de l'homme, contient, malgré ses imperfections, un nombre appréciable d'informations sur les activités des équipes.

**Or, le répertoire des moyens des formations 1980 et l'avant-projet (septembre 1980) contiennent de graves erreurs et omissions qui doivent être corrigées :**

- La prétendue faiblesse, voire les lacunes totales, des recherches en cours ne sont pas conformes à la réalité (1) ;
- en sens inverse les effectifs indiqués pour certains thèmes sont excessifs (2).

Malgré leur dévouement qu'il faut souligner, les services du C.N.R.S. (qui s'occupent de ces problèmes, parallèlement à d'autres tâches) ne sont pas assez étoffés et ils devraient être aidés par un chercheur de la section 34. Cela permettrait d'avoir des mots-clefs fiables (3), d'analyser les dossiers des équipes et chercheurs et ensuite d'élaborer une base de données documentaires fiable, qui gagnerait à être informatisée.

Mise à jour, elle permettrait de déceler les véritables points forts, moyens ou faibles des recherches actuelles et servirait de tremplin pour une politique de développement.

(1) Axe "Religions, mentalités, idéologie" : le tableau du C.N.R.S. comporte un vide total, alors que travaillent une grande partie du CEVIPOF, du CERVL et le CERDIC.

- Axe "Observation du changement social" : le tableau recèle une extrême faiblesse, alors qu'il fallait au moins y englober tous les historiens, et même d'autres équipes.

- Axe "Amérique du Nord" : le tableau comporte un vide total alors que travaillent deux chercheurs du CERI.

- Axe "URSS et pays socialistes" : le tableau comporte un vide total, alors que travaillent un directeur de recherches (et son équipe universitaire), 3 chercheurs du CERI et plusieurs membres de l'IRJC.

- Axe "Amérique latine" : encore un vide total, alors qu'y travaillent 3 chercheurs du CERI.

- Axe "Asie-Océanie" : encore un vide total, alors que 11 chercheurs du CERI (dont 4 chercheurs C.N.R.S.) travaillent sur l'Asie.

- Axe "Activités économiques" : encore un vide total. Où a-t-on mis les équipes qui s'occupent de droit économique, de relations économiques internationales ?

(2) Axe "Relations internationales" : le 1/3 environ de la section 34 y figure, c'est faux.

- Axe "Environnement, aménagement" : les effectifs du tableau du C.N.R.S. sont exagérés.

(3) Exemples tirés du tableau des formations 1980 diffusé par le C.N.R.S.

- au mot-clef "gestion", on trouve le LA 120, CEVIPOF (sociologie politique, les comportements et attitudes) ; l'ERA 244, CERSA (science administrative) avec pour Ministère le Travail ; l'ERA 514, Sfez (processus de décision dans l'administration) !!! ;

- l'ERA 641, Gouron, est caractérisée par le concept religion, ce qui est totalement inexact !!! ;

- le concept "organisation" recouvre l'ERA 516, Léauté (criminologie) ; l'ERA 589, CERVL (collectivités locales), le LA 166, Pédamon (droit comparé), l'ERA 582, Gassin (criminologie) ; l'ERA 791, Cosnard (information juridique et sociologie juridique) : Dès lors que veut dire le concept "organisation" ?

- à "Activités économiques", on trouve l'ERA 203, Pierre Chevallier (histoire du droit) !

- certaines équipes n'ont pas de concepts : ERA 285, Blanc-Jouvan (droit comparé) ; ERA 581, Amselik (droit administratif et finances) ; ERA 145, Timbal (histoire du droit) ;

- au concept "relations internationales" on trouve l'ERA 429, Cardascia (centre de documentation des droits antiques) !!!

## § 2. LES VÉRITABLES AXES SCIENTIFIQUES PRIORITAIRES: CONSOLIDATIONS CREATIONS (APPELS D'OFFRES)

Avant de donner la liste des axes prioritaires, diverses observations sont utiles.

### A - Caractère provisoire de la liste

1 - **Un recensement global des recherches en cours (C.N.R.S. et hors C.N.R.S.) aurait été utile** : il n'existe pas et ne sera pas connu avant un ou deux ans. Il est impossible d'attendre et il faut dans un premier temps faire des propositions qui pourront être ajustées.

2 - **Les renseignements du C.N.R.S. sur les programmes aidés par le C.N.R.S. ne sont pas fiables** : les grands tableaux distribués à la section 34 sont très laconiques, l'Annuaire du C.N.R.S. imparfait.

3 - Les documents (délibérations, rapports et votes) de la section 34 depuis 1975 ont été utilisés, **mais la section 34 délibèrera à nouveau** sur les axes prioritaires en décembre 1981.

### B - La double priorité "consolidations-créations"

1 - **La priorité "consolidations"** : les axes prioritaires doivent d'abord englober les très bonnes recherches actuelles faites par les équipes de haut niveau. Celles-ci ont beaucoup souffert depuis cinq ou six ans (crédits réels en diminution, aucune création d'emplois d'ITA, peu de créations d'emplois de chercheur) et un rattrapage est nécessaire.

2 - **La priorité "créations"** : le stock global des formations doit être accru car il y a de très bonnes équipes en attente et des lacunes scientifiques à combler. Les insuffisances signalées sont de **véritables appels d'offres**.

### C - Les clefs de la présentation de la liste des priorités

Pour présenter clairement des problèmes nombreux et complexes, des clefs sans doute arbitraires ont dû être choisies.

#### 1 - Regroupement des axes prioritaires en 17 "dominantes" non classées entre elles

Une liste de plusieurs dizaines d'axes prioritaires "consolidations-créations" aurait été fastidieuse et ceux-ci ont été regroupés en "dominantes", en s'inspirant d'un travail semblable fait par Madame PÉRCHERON. Ces dominantes peuvent paraître arbitraires, car il y a souvent des liens entre elles, qui seront signalés.

Ces 17 dominantes ne sont pas classées entre elles et leur ordre correspond, après l'étude des "techniques modernes" et de la "théorie générale", à un passage progressif du droit privé au droit public, à la science politique et à l'histoire. Dans l'exécution, cet ordre n'a pas pu être respecté exactement.

#### 2 - A l'intérieur des 17 dominantes, aucun classement des équipes à consolider et des lacunes à combler

Sans délibération de la section 34, il était délicat de porter des jugements scientifiques sur les formations existantes, il était difficile de comparer les "priorités créations". En outre, si des lacunes sont constatées dans un domaine, il n'est pas certain que l'appel d'offres sera suivi de propositions.

#### 3 - La notion de "consolidation" des très bonnes équipes actuelles

Consolidation, **dans tous les cas**, signifie accroissement des crédits réels et affectation éventuelle de nouveaux chercheurs jugés de très haute valeur par la section 34.

Parfois ce renforcement peut prendre des formes complémentaires : emplois d'ITA, gros équipements.

**4 - La notion de "création" recouvre des possibilités d'actions diverses : appels d'offres**

Dans certains cas, l'organisation d'un ou plusieurs colloques suffira ou servira de tremplin pour la création d'une nouvelle formation.

Parfois la création d'une RCP semblera la formule la mieux adaptée.

Enfin la création d'une ERA (voire un GRECO ou un GIS) pourra être la meilleure solution.

**5 - Résumés succints** pour indiquer les recherches actuelles et les lacunes. Les résumés et leurs mots-clefs devraient être affinés.

**D - Liste des axes scientifiques prioritaires par "rubriques dominantes"**

Les rubriques se chevauchant parfois, de fréquents renvois ont été nécessaires.

**Ces rubriques ne sont pas entièrement satisfaisantes** : ainsi on aurait pu rassembler, sous le vocable "Relations internationales" le droit comparé, les relations économiques internationales et le droit international public.

Quant aux crédits hors C.N.R.S. leurs montants figurent sur le tableau récapitulatif dressé par le C.N.R.S. pour 1980 : **des erreurs ou omissions sont probables.**

Enfin nul ne peut dire si les appels d'offres (lacunes) feront l'objet de réponses venant de la communauté scientifique.

**I - Techniques modernes : informatique, télématique**

**a - Stock actuel relevant de la section 34**

Trois formations à dominante de droit privé, 1 formation à dominante de science politique, 1 formation relevant d'une autre section et, pour mémoire, 2 laboratoires de services du C.N.R.S.

1 - **ERA 96, IRETIJ**, Institut de Recherche et d'études pour le traitement de l'information juridique (Montpellier, Catala) : maintenance et exploitation d'une banque de données juridiques avec des fichiers généraux (à partir de la jurisprudence de la Cour de Cassation et des cours d'appel de Montpellier et de Nîmes, des réponses ministérielles publiées au J.O., des revues doctrinales); fichier "Brevets" (jurisprudence et doctrine) ; fichier "marques" (jurisprudence) ; études linguistiques (automatisation du thesaurus de mots et des thesaurus de concepts) ; constitution d'un système de consultation automatique en droit de la nationalité ; utilisation de l'informatique juridique dans l'enseignement du droit ; mise en place d'indicateurs du changement social sur le divorce et les entreprises en difficulté (ATP du changement social et culturel). Crédits 1980 université : 48 100 F. Crédits 1980 Ministère des Universités : 42 000 F. Crédits 1980 ATP : 51 000 F. 4 chercheurs C.N.R.S., 3,5 emplois ITA C.N.R.S. Crédits 1981 C.N.R.S. : 35 000 F.

2 - **ERA 430**, "Linguistique mathématique appliquée à l'informatique juridique" (Conseil d'Etat, Lucien Mehl) : logique déontique et cybernétique juridique (théorie de l'information appliquée au phénomène juridique) ; distinction dans la norme juridique, de la partie modale et de la partie exprimant les conditions ; enregistrement des dictionnaires de concepts et maintenance de la base de données (en collaboration avec l'ERA 96, IRETIJ) ; sociologie criminelle (banque de données des dossiers pénaux de la Cour d'appel de Paris ; formulaire pour perfectionner les statistiques en matière criminelle) ;

analyse automatique du langage. 2 chercheurs C.N.R.S., 1 ITA C.N.R.S. Crédits C.N.R.S. 1981 : 23 200 F.

3 - **ERA 791**, "Centre de documentation juridique de l'Ouest" (Rennes, Cosnard) : analyse de la jurisprudence régionale de Bretagne et des Pays de Loire ; mise au point systématique d'un système documentaire automatisé ; recherches sociologiques et juridiques. "Revue judiciaire de l'Ouest". Crédits 1980 université : 17 300 F. Un chercheur C.N.R.S. Aucun ITA C.N.R.S. Crédits C.N.R.S. 1981 : 26 000 F.

4 - **GRECO 42**, "Banque de données socio-politiques" (Grenoble, Frédéric Bon) : constitution, gestion et diffusion de fichiers informatiques (fichiers de résultats électoraux ; fichiers de données socio-démographiques ; fichier de résultats d'enquêtes d'opinion) ; mise au point d'un logiciel d'exploitation ayant pour but l'adaptation des techniques d'analyse de données aux caractéristiques particulières des données agrégatives ; coordination des recherches effectuées sur les fichiers dont la banque de données assure la gestion, sous forme d'un séminaire consacré à l'analyse des données agrégatives part active aux efforts de coopération internationale des banques de données du même type. 4 équipes, dont 3 relevant de la section 34 (LA 120, CEVIPOF, Paris, Lancelot ; ERA 71 ; CERAT, Grenoble, d'Arcy ; ERA 817, CRAPS, Lille, Toulemonde). Crédits C.N.R.S. 1981 : 50 000 F.

5 - (V. à sociologie politique, 15), le **LA 120, CEVIPOF**, Centre d'Etude de la vie politique française contemporaine (FNSP, Lancelot) : études méthodologiques sur l'utilisation de l'informatique dans l'étude des attitudes et comportements politiques.

6 - Ajouter la **RCP 366**, taxinomie et analyse des données en sciences de l'homme (Paris VI, Benzecri) qui relève à titre principal de la section 33 (sciences économiques) et également de la section 34 : séries et tableaux multidimensionnels chronologiques (bilans de commerce internationaux ou matrices chronologiques) ; scrutins de l'Assemblée des Nations-Unies de 1947 à nos jours (situations typiques intéressantes) ; traitement de données géographiques par télédétection ; reconnaissance automatique des formes d'objets ; traitements des systèmes descriptifs à partir de nomenclatures en plusieurs ensembles ; amélioration des programmes de classification ; travaux sur le codage du contenu des données textuelles ou photographiques ; logiciel de l'analyse des données en sciences humaines ; résistances à l'innovation (le cas de l'analyse des données en sciences humaines).

7 - Pour mémoire, 2 laboratoires de services communs du C.N.R.S.  
- le **LP 812, CDSH**, Centre de documentation des Sciences Humaines" (Paris) : en général mal adapté aux sciences juridiques et politiques : voir supra p. 268 et 269.

- le **LP 813, LISH**, Laboratoire d'Informatique pour les Sciences Humaines (Marseille et Paris) : la participation des juristes et politologues semble très faible.

#### b - Lacunes à combler (Appels d'offres)

1 - De nombreuses équipes juridiques utilisent l'informatique juridique, parfois sans concertation : des échanges de vues pourraient avoir lieu sous forme de colloque ou d'une RCP (le C.N.R.S. prévoit un GRECO d'informatique juridique) avec pour pivot l'ERA 96, l'IRETIJ.

2 - Une réflexion pourrait être menée sur les conséquences de l'informatisation : si l'informatique de documentation et de recherche est précieuse (gain de temps dans les dépouillements bibliographiques), est-il souhaitable

d'enregistrer des décisions sans intérêt ? En outre, l'informatique de solution ne risque-t-elle pas de donner un rôle exagéré aux précédents dans les décisions des tribunaux ? Un colloque pourrait être organisé.

3 - Télématique : peut-être serait-il possible de faire quelque chose avec l'IREST et l'Institut Auguste Comte. Une RCP "La télématique et le droit", peut-être une ERA avec l'IREST et les télécommunications ?

4 - Dans les bibliothèques universitaires, implantation de terminaux reliés aux grandes bases de données actuellement interrogeables.

## 2 - Théorie générale et philosophie du droit

### a - Stock existant relevant de la section 34

Une seule équipe du C.N.R.S. mais ayant une dimension internationale.

**ERA 202**, "Centre de philosophie du droit" (Paris II, Villey) ; équipe éminemment pluridisciplinaire : sémiotique (étude sémantique de concepts fondamentaux du langage du droit, un concept étant étudié chaque année : responsabilité, rationalité juridique, les biens et les choses, l'utile, les sources du droit) ; logique du droit ; philosophie pénale ; séminaires hebdomadaires à Paris. Collection. Conférences dans d'autres universités françaises et étrangères. Section française de l'Association internationale de philosophie du droit. Crédits université 1980 : 12 500 F. 4 chercheurs C.N.R.S. 1/2 poste ITA C.N.R.S. Crédits C.N.R.S. 1981 : 10 000 F. Revue annuelle publiée avec subvention du C.N.R.S. "Archives de philosophie du droit" : subvention 1981 : 8 000 F.

### b - Lacune à combler (appel d'offres)

La réflexion sur le droit et les méthodes de la science juridique doit être retenue en tant que telle. Le droit ne doit pas être considéré comme une simple discipline d'appoint qui vient à l'appui d'autres secteurs. Un programme sur ce thème aurait le mérite de rassembler toutes les disciplines juridiques. Encore faudrait-il des projets précis, avec un démarrage sous forme de colloque ou RCP.

**3 - Sociologie juridique à dominante droit privé**, (sauf la criminologie traitée à part).

### a - Stock actuel relevant de la section 34

Une seule équipe (ERA 933, Terré) a pour objet principal la sociologie juridique, d'autres équipes ayant néanmoins une partie de programme en sociologie juridique.

1 - **ERA 933**, "Laboratoire de sociologie juridique" (Paris II, Terré) : recherches sur les interactions socio-juridiques contemporaines dans le domaine du droit privé ; problèmes socio-juridiques soulevés par les travailleurs migrants ; application du sursis partiel par les juridictions françaises ; réception des règles du Code civil en matière de mariage (l'incidence du régime matrimonial sur la pratique bancaire) ; recherches sur le jugement (le juge juge-t-il le fait avant de juger le droit, place de la logique formelle dans l'étude du jugement, place de l'argumentation préalable au jugement ; rapports et comparaisons entre jugement et jugement charismatique, entre jugement du fait et jugement du droit, entre jugement civil et jugement pénal) ; recherche sur l'abandon de la collégialité et les résultats du juge unique ; étude de droit pénal et de criminologie ; la fonction du commissaire aux comptes. Crédits 1980 université : 34 800 F. 2 chercheurs C.N.R.S. 2 emplois ITA C.N.R.S. (4 mi-temps). Crédits 1981 C.N.R.S. : 14 000 F.



2 - V. également à "Techniques modernes" (n° 1) les parties du programme de l'**ERA 96** (IRETIJ, Montpellier, Catala) portant sur le changement social en matière de divorce (ATP) et d'entreprises en difficulté (ATP).

3 - V. également à "Techniques modernes" (n° 1), l' **ERA 791** (Rennes, Cosnard) qui fait des recherches socio-juridiques (dont certaines en liaison avec l'équipe précédente).

4 - V. également à "Droit étranger et comparé" (n° 4), le **LP 831** (IRJC, Ivry, Lesage) : droit et changement social.

5 - Signalons le **LP 710**, "Centre de sociologie des organisations", Paris, Crozier), qui relève principalement de la section 31 (sociologie), mais aussi de la section 34 notamment pour les programmes : sociologie industrielle ; sociologie du travail ; évaluation du système judiciaire.

6 - Aide individuelle Raymond **VERDIER** (Paris X) : anthropologie juridique. Crédits 1981 C.N.R.S. : 15 000 F.

7 - Pour l'aspect historique de la sociologie, v. à "Histoire du Droit", l' **ERA 203** (Grenoble, Pierre Chevallier) : comportements familiaux en Provence ; l' **ERA 641** (Montpellier, Gouron), id. pour le Languedoc et l'**ERA 935** (Dijon, Bart), id. pour la Bourgogne.

#### b - Y a-t-il des lacunes ?

Aucune lacune importante n'a été signalée et une ERA orientée à titre principal vers la sociologie juridique vient d'être créée (ERA 933, Paris, Terré).

Certes de nombreux privatistes et historiens du droit font de la sociologie juridique : les véritables spécialistes sont géographiquement dispersés. Faut-il une nouvelle équipe ou une RCP ? Un colloque sur programme précis serait peut-être utile, car il y a tout de même un écart énorme entre les recherches de sociologie juridique et celles de sociologie politique.

#### 4 - Droit étranger et comparé (intéresse les privatistes et les publicistes) et droit international privé

Le droit international public a été classé à part (v. *infra* n°11), peut-être artificiellement. Voir également à "Droit économique et relations économiques internationales (v. *infra*, n° 9).

#### a - Stock actuel relevant de la section 34

1 - **LP 831 IRJC**, Institut de Recherches Juridiques Comparatives (Ivry, Lesage), administration comparée (Europe de l'Est et de l'Ouest, Grande Bretagne, France) ; Institutions et droits des pays socialistes (Union Soviétique, Chine) ; droit de la famille (jeunesse, obligation alimentaire) ; droit des contrats (inexécution, dépréciation monétaire), droit anglais de la famille ; sociologie comparative du droit (droit et changement social). Crédits ATP 1980 : 41 000 F. 6 chercheurs C.N.R.S., 14 emplois ITA C.N.R.S. Crédits C.N.R.S. 1981 (y compris l'infrastructure : loyer, fluides, réparations, etc...) : 317 000 F. "Annuaire de Législation française et étrangère", édité par le C.N.R.S.

2 - **LA 166**, "Institut de droit comparé de Paris" (Paris, Michel Pédamon) : unification du droit et rapports juridiques Est-Ouest ; contrat et responsabilité contractuelle dans les pays du Marché Commun ; droit maritime ; droit des techniques de pointe (droit de l'espace ; droit nucléaire) ; droit de l'environnement ; science criminelle comparée. "Revue de science criminelle et de droit pénal comparé"; 5 Collections. Crédits 1980 Université : 87 200 F. 3 chercheurs C.N.R.S., 5,5 emplois ITA C.N.R.S. Crédits 1981 C.N.R.S. : 63 500 F.

3 - **ERA 285**, "Société de législation comparée" (Paris, Blanc-Jouvan) ; Bulgarie (modèle de sociétés et d'entreprises dans le Marché commun et dans le CAEM) ; Etats-Unis d'Amérique (protection des consommateurs ; constitution et droit pénal ; tendances du droit international privé) ; Japon (évolution contrats, contrat administratif, contrat de travail), Pologne (tribunaux de la famille, réforme de l'administration locale) ; URSS (la constitution base du système juridique ; droit et utilisation des ressources agricoles) ; Yougoslavie (protection pénale de l'autogestion, techniques contractuelles). Crédits 1980 Ministère : 35 000 F. Aucun chercheur C.N.R.S. 4 emplois ITA C.N.R.S. Crédits 1981 C.N.R.S. : 23 000 F. Revue internationale de droit comparé, subventionnée par le C.N.R.S. : crédits 1981 : 26 000 F.

4 - **ERA 579**, Institut de droit comparé de Lyon (Lyon, Roger Nerson et Schwarz-Liebermann) ; Le rôle des valeurs objectives dans l'établissement de la responsabilité contractuelle dans la jurisprudence de plusieurs pays (motivations des juges) ; formation et interprétation des contrats, causalité et faute contractuelle). Crédits 1980 Université : 12 400 F. Contrat 1980 ATP : 70 000 F. Aucun chercheur C.N.R.S., un emploi ITA C.N.R.S. Crédits 1981 C.N.R.S. : 6 000 F.

5 - Le programme de l'**ERA 934**, "Centre de recherches administratives" (Aix, Debbasch) a été rangé dans la rubrique "droit administratif" : droit administratif et science administrative comparée.

6 - Le programme **LA 292** "Centre d'analyse comparative des systèmes politiques", Paris I, Duverger) a été rangé dans la rubrique "régimes et institutions politiques" (n° 15).

7 - **Sept** aides individuelles du C.N.R.S. :

- Equipe de droits étrangers (**Tunc et Conac**, Paris I) : recherches comparatives sur les sociétés anonymes ; sur le droit des obligations ; sur le droit social ; sur les droits africains. Publications. Crédits 1981 C.N.R.S. : 5 500 F.

- Institut de droit comparé des pays latins (Toulouse, **Boyer**) : études comparatives axées sur les pays latins européens et non européens ; centre de documentation ; fonds scientifique. Un emploi ITA C.N.R.S. Crédits 1981 C.N.R.S.

- Institut de droit comparé de Strasbourg (Alfred **Rieg**) : centre de documentation ; fonds scientifique. Un emploi ITA C.N.R.S.

- Association Henri Capitant (Paris, Philippe **Malinvaud**) : chaque année, étude comparative d'un thème précis et journées internationales. Vocabulaire Henri Capitant. Crédits 1981 : 3 500 F. Publication annuelle des actes sous forme d'ouvrage, avec subvention du C.N.R.S. (40 % du coût).

- Centre français de droit comparé (Paris, **Drago**). 1/2 emploi ITA C.N.R.S.

- "Journal de droit international privé" (Clunet), Centre français de droit comparé (Paris, Berthold **Goldman** et **Sevenier**. 1/2 emploi ITA C.N.R.S.

- "Revue critique de droit international privé" (Paris, **Lagarde**). 1/2 emploi ITA C.N.R.S.

8 - En outre **8** formations (ou aides individuelles), classées dans d'autres rubriques ont un ou plusieurs programmes de recherches comparatives.

- (v. à "droit économique" n° 9), **ER 130** CREDIMI (Dijon, Kahn) : théorie et pratique des contrats internationaux ; financement international et euro-crédit.

- (v. à "droit économique" n° 9) une partie du programme de l'**ERA 877** (Centre de documentation et de recherches européennes, Rennes I Jean Raux) : études comparatives sur les structures et politiques agricoles des pays de la C.E.E.).

- (v. à "droit économique" n° 9), une partie du programme de l'**ERA 169**

("droit de propriété industrielle et intellectuelle", Grenoble, Madame Perot-Morel) ; droit comparé et harmonisation des législations pour la propriété industrielle.

- (v. à "droit économique" n° 9), une partie du programme de l'ERA 510 ("aspects économiques et juridiques de l'union douanière", Grenoble, Berr et Reboud) : études comparatives douanières et fiscales.

- (v. à "droit pénal" n° 7) aide individuelle à la "Revue internationale de droit pénal" (Rennes, Jean-Yves Chevallier).

- (v. à "pouvoir local" n° 14) une partie du programme de l'ERA 580 (CERVL, Bordeaux, Mabillean) : recherche comparative relative au processus de réforme des collectivités locales.

- (v. "pouvoir local" n° 14) une partie du programme de l'ERA 817, (CRAPS, Lille, Toulemonde) : réforme des collectivités locales en droit comparé (France, Belgique, RFA, Royaume-Uni).

- (v. à "sociologie politique" n° 215) une partie du programme du LA 120 (CEVIPOF, FNSP, Paris) : études comparatives sur les hautes fonctions publiques  
 - (v. à "religions" n° 17) une partie du programme de l'ERA 286 (CERDIC, Srasbourg, Schlick) porte sur des recherches comparatives des rapports entre Eglises et Etats.

#### b - Lacunes

Au sein du C.N.R.S. on fait beaucoup de droit comparé (ce qui est normal dans une période d'internationalisation de tous les problèmes) et beaucoup moins de droit international privé (mais les internationalistes sont souvent comparatistes). C'est l'inverse dans les universités.

La priorité la plus urgente est de créer un GIS de droit étranger et comparé dans la région parisienne : le projet existe depuis plusieurs années, mais il n'a pas encore été possible au C.N.R.S. de trouver, dans Paris, 300 ou 400 mètres carrés. Sa réalisation est indispensable pour créer l'instrument documentaire moderne sans lequel la recherche comparative française appartiendra sous peu au royaume des souvenirs pieux.

### 5 - Droit de la famille

#### a - Stock actuel relevant de la section 34

Quelques équipes consacrent une partie de leurs programmes au droit de la famille.

1 - (v. à "techniques modernes" n° 1) une partie du programme de l'ERA 96 (IRETIJ, Montpellier, Catala) : divorce.

2 - (v. à "sociologie juridique" n° 3), une partie du programme de l'ERA 933 (Paris, Terré) : réception des règles du Code civil en matière de mariage ; études sur le régime successoral.

3 - (v. à "droit étranger et comparé" n° 4), une partie du programme du LP 831 (IRJC, Paris, Lesage) : jeunesse ; obligation alimentaire.

4 - (v. à "techniques modernes" n° 1) une partie du programme de l'ERA 791 (Rennes, Cosnard) sur la famille (ATP changement social).

#### b - Lacunes à combler (appels d'offres)

Le droit familial est peu représenté au C.N.R.S., mais peut-on y remédier si ce n'est (dans un premier temps) en recrutant un nouveau chercheur ?

Le droit patrimonial de la famille (régimes matrimoniaux et successions) doit être davantage développé au C.N.R.S., notamment en raison de ses incidences sur les PME et les exploitations agricoles.

## 6 - Droit immobilier et droit rural

a - **Stock annuel relevant de la section 34** : néant.

b - **Lacunes à combler** (appels d'offres)

1 - **Droit immobilier** : copropriété des immeubles bâtis (enquêtes statistiques approfondies, sondages d'opinion, recherches de droit comparé).

Un colloque préalable pourrait prélude peut-être à une RCP avec programme précis.

Il faudrait que la direction du C.N.R.S. crée un lien avec la Mission "recherche urbaine" du ministère de l'équipement (gros service analogue à celui de M. VERIN à la chancellerie).

2 - **Droit rural** : les spécialistes sont dispersés et les recherches insuffisantes au sein du C.N.R.S. Ici encore, un colloque préalable pourrait prélude peut-être à une RCP.

## 7 - Droit pénal et science criminelle

a - **Stock actuel relevant de la section 34**

1 - **LA 313**, "Service d'études pénales et criminologiques" (Ministère de la Justice, Philippe Robert), est une équipe pluridisciplinaire, relevant à titre principal de la section 31 (sociologie), mais également de la section 34 : analyse du système pénal ; alcoolisme et circulation ; contrôle de la criminalité d'affaires, représentation de la déviance et du contrôle social ; processus de renvoi ; victimisation. Un chercheur C.N.R.S. relève de la section 34 Aide de la D.G.R.S.T.

2 - **ERA 582**, "La criminalité dans la circonscription d'Aix-en-Provence" (Aix, Raymond Gassin) : la criminalité des accidents du travail ; le fonctionnement de la Chambre d'accusation de la Cour d'appel d'Aix-en-Provence. Crédits 1980 université : 11 900 F. Crédits ministère 1980 : 20 000 F. Contrat privé : 1 800 F. Aucun chercheur C.N.R.S. Aucun emploi ITA C.N.R.S. Crédits 1981 C.N.R.S. : 11 900 F.

3 - **ERA 516**, "Prévention de la délinquance dans les villes nouvelles (Paris II, Jacques Léauté) : prévention de la délinquance dans les villes nouvelles. Aucun chercheur C.N.R.S. Aucun emploi ITA C.N.R.S. Crédits 1981 C.N.R.S. : 6 500 F.

4 - Une aide individuelle, "Revue internationale de droit pénal" (Rennes, **Jean-Yves Chevallier**). 1/2 emploi ITA C.N.R.S.

5 - Une aide individuelle **Kalogeropoulos** (Paris) : la femme et la criminalité ; aspects normatifs particuliers ; statistiques ; aspects psycho-sociologiques et psychologiques ; rapports sexualité et criminalité ; sexualité, contrôle social, criminalité et délinquance. 2 chercheurs C.N.R.S. 1/2 emploi ITA C.N.R.S. Crédits 1981 C.N.R.S. : 8 000 F.

6 - 7 formations ou aides individuelles, classées dans d'autres rubriques ont un ou plusieurs programmes en droit pénal et sciences criminelles :

- (v. à "droit étranger et comparé" n° 4), **LP 831**, IRJC (Ivry, Lesage) : "Annuaire de législation française et étrangère" édité par le C.N.R.S. ;

- (v. à "sociologie juridique" n° 3), une partie du programme de l'**ERA 933** (Paris, François Terré) : études de droit pénal et criminologie ;

- (v. à "techniques modernes" n° 1), une partie du programme de l'**ERA 430** (Conseil d'Etat, Lucien Mehl) : sociologie criminelle (banque de données des dossiers pénaux de la Cour d'appel de Paris ; formulaire pour perfectionner

les statistiques en matière criminelle.

- Pour l'aspect historique (v. à "histoire du droit" n° 16), l'**ERA 203** (Grenoble, Pierre Chevalier) étudie la délinquance et la répression pénale au XVIIIème et XIXème siècles en Dauphiné et en Languedoc ; l'**ERA 641** (Montpellier, Gouron) fait une recherche semblable en Provence ; l'aide individuelle **Sicard** (Toulouse) conduit une enquête analogue pour le Toulousain ; l'aide individuelle de **Melle Bongert** (Paris) porte sur l'histoire du droit pénal et de la délinquance.

b - **Lacunes** (appels d'offres)

En dehors des formations indiquées ci-dessus (et de 7 chercheurs C.N.R.S. spécialisés dans cette dominante), de nombreuses équipes font des recherches en droit pénal et science criminelle (1) :

- "Centre de formation et de recherche de l'éducation surveillée" (Vaucresson, J. Selosse), spécialisé dans l'étude de la délinquance et de l'inadaptation juvénile et financé par la D.G.R.S.T. ;

- Plusieurs instituts et centres universitaires non associés au C.N.R.S. : Institut Alexandre Lacassagne de l'Université Claude Bernard de Lyon (Colin) ; Bordeaux I ; Lille II ; Lyon III-I.E.J., etc..

Or un certain malaise en science criminelle est perçu depuis quelques années et une mise au point semble urgente : des juristes pourraient en prendre l'initiative avec la collaboration du Comité de coordination des recherches criminologiques (2) et l'Association française de criminologie. Un colloque et une RCP devraient être organisés avec un programme précis. Le C.N.R.S. semble même envisager un GRECO "criminologie". Encore faut-il des équipes sérieuses et des programmes clairs et précis.

## 8 - Travail et emploi : structures, organisation, droit social

a - **Stock actuel relevant de la section 34** : en fait, une équipe spécialisée.

1 - Une équipe économico-juridique, l'**ERA 147**, "Centre d'études juridiques et économiques de l'emploi" (Toulouse I, Jean Vincent et Michel Despax), relevant à titre principal de la section 33 (sciences économiques) et également de la section 34 : le marché local du travail ; les tâches tertiaires dans l'entreprise industrielle ; essai de classification des entreprises publiques selon leur système de gestion du personnel et des emplois ; la prévision des effectifs dans la fonction publique ; les mécanismes de la réduction et de la durée hebdomadaire du travail en France depuis 1968 ; l'emploi dans le secteur tertiaire ; étude sur la faute du salarié ; le salaire et les accessoires de salaire ; les aspects juridiques de la qualification professionnelle ; les accords sur la réduction de la durée du travail ; le statut du salarié. Un demi emploi ITA C.N.R.S. relève de la section 34.

2 - Huit équipes classées dans d'autres rubriques, ont un ou plusieurs programmes axés sur le travail et l'emploi :

- (v. à "droit étranger et comparé", n° 4) l'**ERA 285**, Société de législation comparée (Paris, Xavier Blanc-Jouvan) : Japon (le contrat de travail) ; Yougoslavie (la protection pénale de l'autogestion) ; France (la responsabilité pénale du chef d'entreprise) ;

(1) Pierre Arpaillanges avait présenté un rapport complet sur la situation de la recherche criminologique en France devant la précédente section 34.

(2) Ce comité réalise un recensement permanent des formations et travaux en cours, favorise les échanges internationaux, donne l'impulsion pour les recherches criminologiques en liaison avec la D.G.R.S.T.

- (v. à "sociologie juridique" n° 3) l'**ERA 933** (Paris, Terré) : problèmes socio-juridiques soulevés par les travailleurs migrants ;
- (v. à "droit administratif" n° 12, l'**ERA 244** (CERSA, Paris II, Roland Drago) : l'administration et l'emploi ; le syndicalisme des fonctionnaires ;
- (v. à "sociologie politique" n° 15), le **LA 120** (CEVIPOF, FNSP, Alain Lancelot) : les forces politiques (notamment les syndicats) ; le mouvement ouvrier français ;
- (v. à "droit étranger et comparé" n° 4) l'aide individuelle **Tunc et Conac** : recherches comparatives sur le droit social ;
- (v. à "droit économique" n° 9), le **LA 301** (Nice, Berthomieu) qui relève à titre principal de la section 33 (sciences économiques) : transformations de l'appareil productif (capital productif et financier et main d'oeuvre salariée) ; nouvelles conditions de travail et appareil de formation et d'aménagement ; évolution du rapport salarial, des modes de consommation et des modes de vie ;
- (v. à "histoire du droit" n° 16) l'**ERA 203** (CRESHI, Grenoble, Pierre Chevallier) : histoire du travail et des mouvements sociaux depuis le XVIIIème siècle ;
- enfin, il faut ajouter que deux formations dirigées par Dominique **Lahalle** et relevant à titre principal de la section 31 (sociologie), ont un de leurs programmes tourné vers le travail : les travailleurs immigrés et l'activité syndicale (ER 110) ; L'emploi et les conditions de travail des immigrés (**GRECO 13**).

#### b - **Lacunes** (appels d'offres)

- **Les lacunes sont évidentes : une seule équipe** juridico-économique toulousaine s'occupe **principalement** des problèmes du travail et de l'emploi. En dehors des équipes citées ci-dessus, il est frappant de constater que 32 formations du C.N.R.S. s'occupent dans d'autres sections de ces problèmes, comme l'a montré Christian ATIAS très récemment (1).

Les spécialistes du droit social sont dispersés, mais il y a au sein des universités des Instituts ou centres spécialisés (Aix II, Bordeaux I, Lille II, Lyon III, Nancy II, Paris I, Strasbourg III, etc...)

- Il est certes difficile de prévoir des axes précis de recherches, car il y a tant de choses à faire : d'éventuels programmes pourraient rassembler des privatistes, des publicistes, des économistes, éventuellement des politologues, voire un ou deux historiens. Il faudrait lancer un colloque sur un programme précis, qui pourrait être suivi d'une RCP. En raison de la dispersion des spécialistes, une ERA semble pour le moment difficile (sauf dans la région parisienne).

**9 - Droit économique (français et international) et relations économiques internationales et communautaires** : cette rubrique inclut le droit commercial, le droit du crédit, le droit bancaire.

#### a - **Stock actuel relevant de la section 34**

1 - **ER 130**, "Centre de recherche sur le droit des marchés et des investissements internationaux (CREDIMI, Dijon, Philippe Kahn) : théorie et pratique des contrats internationaux ; relations Est-Ouest et Nord-Sud ; transferts de technologie et développement (dans les domaines agricoles et agro-industriels) ; contrats clefs en main et contrats produits en main ; les rapports

(1) In "Revue de la recherche juridique, Droit prospectif", Presses Universitaires d'Aix-Marseille, R.R.J. 1981-2, n° V-10, p.117-135.

de la technologie et du droit ; les énergies nouvelles (énergie nucléaire, énergie solaire); les matières premières (clauses monétaires, d'adaptation au temps de règlement des différends) ; financement international et euro-crédit. Crédits 1980 université : 11 000 F. Quatre chercheurs C.N.R.S. Deux emplois ITA C.N.R.S. Crédits 1981 C.N.R.S. : 32 000 F.

2 - **ERA 877**, "Centre de documentation et de recherches européennes" (Rennes I, Jean Raux) : nouvelles orientations de la politique agricole commune avec l'élargissement de la C.E.E. à la Grèce, à l'Espagne et au Portugal (obligations des nouveaux membres, étude comparative des structures politiques agraires de ces pays) ; relations agricoles extérieures de la C.E.E. (organisation des échanges extracommunautaires, conciliation de la politique commune et des autres politiques extérieures) ; dépenses agricoles du budget de la C.E.E. ; documentation comprenant tous les documents officiels de la C.E.E. Aucun chercheur C.N.R.S. Aucun ITA C.N.R.S. Crédits 1981 C.N.R.S. : 10 000 F.

3 - **ER 169**, "Droits de propriété industrielle et intellectuelle" (Grenoble, Mme Marie-Angèle Perot-Morel) : conventions internationales et européennes en matière de propriété industrielle (dessins et modèles, brevets communautaires, marques notoires) ; droit comparé et harmonisation des législations (droit des marques de fabrique, de commerce et de service dans les systèmes occidentaux et socialistes ; les inventions dans les pays de l'Est ; la législation italienne) ; valeur du patrimoine intellectuel de l'entreprise (droit des marques ; cessions de brevets et concessions de licences ; droits de propriété industrielle et fonds de commerce ; concurrence déloyale ; droits incorporels de l'entreprise ; nantissement des brevets d'invention) ; publicité trompeuse et droit des marques. Crédits 1980 université : 25 000 F. Deux chercheurs C.N.R.S. Aucun emploi ITA C.N.R.S. Crédits 1981 C.N.R.S. : 16 600 F.

4 - **ERA 510**, "Aspects économiques et juridiques de l'Union douanière" (Grenoble, Berr et Reboud) : union douanière et contentieux douanier ; union douanière et obstacles (taxes fiscales équivalentes, échanges Europe-Japon) ; études comparatives (application du droit douanier communautaire par les juridictions nationales ; les différences de TVA entre les pays ; les différences d'impôt sur le revenu des personnes physiques et influence sur la consommation et l'épargne) ; incidences de l'union douanière sur la restructuration économique (secteur textile, moyens de transport). Contrats publics 1980 : 30 800 F. Contrats privés 1980 : 170 000 F. Aucun chercheur C.N.R.S. Un emploi ITA C.N.R.S. Crédits 1981 C.N.R.S. : 18 100 F.

5 - **RCP 522**, "Propriété industrielle" (Montpellier I, Jean-Marc Mousseron) : articulation des mécanismes internationaux nouveaux et des dispositifs nationaux (possibilités offertes et paramètres du choix) ; l'application des mécanismes de la réforme de 1978 (par l'administration, la pratique et les tribunaux) ; application de la loi relative aux inventions de salariés (commission nationale des inventions de salariés, conventions collectives, contrats individuels d'emploi, pratique interne des entreprises) : observation des clauses et contrats de transferts de techniques à travers les accords industriels et commerciaux. Ouvrages sur le droit des brevets. Crédits 1981 C.N.R.S. : 19 000 F.

6 - **RCP 555**, CERCI, "Centre d'Etudes et de Recherches sur la Coopération Internationale (Nice, Jean Touscoz) : coopération CEE-Méditerranée ; coopération industrielle triangulaire (l'exemple euro-arabo-africain) ; la coopération industrielle internationale en matière de Sécurité et de Défense ; la Chine et la coopération industrielle internationale ; l'Inde et la coopération internationale. Crédits 1981 C.N.R.S. : 22 000 F.

7 - Il faut ajouter que le **LA 301**, "Transformation de l'appareil productif

et structuration de l'espace social" (Nice, Berthomieu), qui relève à titre principal de la section 33 (sciences économiques) a des programmes juridico-politiques ; l'évolution des fractionnements possibles de l'appareil productif sous ses aspects politiques (intervention de l'Etat et transformations de l'appareil productif ; la notion de politique industrielle) et juridiques (forme juridique et entreprise ; formes juridiques de la politique industrielle ; protection et information des consommateurs ; l'évolution du droit économique) ; le phénomène d'urbanisation et les relations région-nation sous les aspects politiques (conséquences de la politique d'aménagement du territoire ; influence de l'Etat sur le développement de la région et de la nation ; intérêt national et internationalisation des structures de production) et juridiques (multinationalisation de l'appareil productif, régionalisation et aménagement de l'espace).

8 - Aide individuelle, CERIC, "Centre d'Etudes et de Recherches Internationales et Communautaires" (Aix-Marseille III, Yves Daudet) : projet de code de conduite en matière de transferts de technologie, les relations euro-arabes ; les problèmes alimentaires mondiaux (analyse des mécanismes économiques des marchés et des techniques d'aide alimentaire). Crédits 1981 C.N.R.S. : 7 000 F.

9 - Aide individuelle, "Revue Trimestrielle de Droit Commercial" (Paris, Roger Houin). Un demi ITA C.N.R.S.

10 - Subvention annuelle du C.N.R.S. à la "Revue de l'Arbitrage" (Paris, Philippe Fouchard). Subvention 1971 C.N.R.S. : 4 000 F.

11 - (v. à "Urbanisme, environnement", p. 10), l'ERA 708, "Centre de recherches en Droit économique et urbanisme" (Limoges, Savy) a un programme de droit public économique appliqué à l'urbanisme.

12 - (v. à "Techniques modernes" n° 1), une partie du programme de l'ERA 96, IRETIJ (Montpellier, Pierre Catala) : mise en place d'indicateurs de changement social pour les entreprises en difficulté ; fichier brevets ; fichier marques.

13 - (v. à "Droit international public...", n° 11), aide individuelle Alexandre Kiss (Strasbourg III) : transferts triangulaires de technologie ; relations Est-Ouest.

14 - (v. à "Sociologie juridique", n° 3) une partie du programme de l'ERA 933, "Laboratoire de sociologie juridique" (Paris II, François Terré) porte sur la fonction de Commissaire aux comptes.

#### b - Lacunes (appels d'offres)

1 - Il faut noter la faible présence au C.N.R.S. du Droit français commercial, bancaire et du crédit.

2 - Pour le droit des contrats spéciaux, il y a de moins en moins de spécialistes (sauf en droit international) alors que la théorie générale des contrats est battue en brèche. Peut-être y aurait-il une possibilité de colloque ou de RCP sur un ou deux programmes précis.

3 - Le droit international économique et le droit international du développement correspondent à des préoccupations majeures de la communauté internationale, intéressant privatistes et publicistes. En dehors des formations citées, il existe des efforts courageux, mais mal dotés. Les économistes du développement vont obtenir une restructuration de ce secteur et des moyens accrus à la suite du rapport Guillaumont. Les juristes du développement devraient peut-être en présenter un.

4 - Le thème "consommation-distribution" (structures et droit,



dans une perspective nationale, européenne et communautaire) pourrait faire l'objet de recherches à cheval sur plusieurs disciplines : antagonismes entre distribution et consommation, mérite et abus des associations de consommateurs ; évolution de l'agro-alimentaire (redéfinition des contrôles juridiques, qualitatifs, technologiques) ; réglementations communautaires et européennes. Un colloque au programme précis pourrait être suivi d'une éventuelle RCP ou ERA.

5 - Les P.M.E. (objet d'un programme pluridisciplinaire du C.N.R.S. en cours), notamment l'analyse des textes freinent leurs activités et les problèmes de transmission successorale devraient faire l'objet de recherches dans le cadre du C.N.R.S. (cf. supra p.282, n° 5-b).

6 - Le droit pharmaceutique est absent au C.N.R.S. : officines, laboratoires, médicaments. Ce thème pourrait faire l'objet d'une RCP ou ERA en liaison avec des spécialistes de pharmacie et de médecine.

#### 10 - Urbanisme, environnement, espace : voir également "pouvoir local" (n° 14)

##### a - Stock actuel relevant de la section 34

1 - **ERA 876, Centre de l'environnement** (Strasbourg III, Michel Prieur) : inventaire des sources et banque de données ; étude comparée du droit de l'énergie solaire ; parcs marins en droit français comparé et international ; les politiques dans le domaine de l'environnement. Crédits 1980 université : 17 800 F. Contrats publics 1980 : 40 000 F. Aucun chercheur C.N.R.S. Aucun emploi ITA C.N.R.S. Crédits 1981 C.N.R.S. : 12 200 F. "Revue juridique de l'environnement" subventionnée par le C.N.R.S. (subvention 1981 égale à 5 000 F).

2 - **ERA 708, "Centre de recherche en droit économique et urbanisme"** (Limoges, Robert Savy) : étude de la règle de droit, telle qu'elle est utilisée en matière économique et plus particulièrement en urbanisme et aménagement du territoire (efficacité de l'intervention publique, légalité de l'action, arbitraire subi par les partenaires privés) : problèmes juridiques posés par les plans d'urbanisme, le droit des sols, la protection des espaces boisés ; relations entre les promoteurs, les services publics et les acquéreurs de logements. Crédits 1980 université : 21 700 F. Crédits 1980 ministère : 20 000 F. Aucun chercheur C.N.R.S. Aucun emploi ITA C.N.R.S. Crédits 1981 C.N.R.S. : 10 800 F.

3 - **RCP 258, "Espace et ressources"** (Nice, René Jean Dupuy) : la communauté européenne face aux problèmes des espaces et des ressources ; le nouveau droit de la mer et les canaux internationaux ; l'Agence internationale de satellites de contrôle ; les problèmes juridiques des télécommunications spatiales. Crédits C.N.R.S. 1981 : 18 800 F.

4 - (v. à "Droit économique" n° 9) une partie du programme du **LA 301** (Nice, Berthomieu) porte sur le phénomène d'urbanisation, sur la politique d'aménagement du territoire et de l'espace.

5 - (v. à "Droit administratif", n° 12) une partie du programme de l'**ERA 934** (Aix, Charles Debbasch) porte sur l'administration du territoire.

##### b - Lacunes

Etant donné que de nombreuses équipes classées dans la rubrique "pouvoir local" s'occupent également de l'urbanisme et de l'environnement, il semble qu'il n'y ait pas d'insuffisance majeure. Peut-être faudrait-il une concertation pour les recherches sur l'environnement : colloque ? RCP ?

La nécessité d'une liaison plus étroite avec la mission "Recherche urbaine"

**11 - Droit international public, relations internationales et aires culturelles.**  
Voir également à "Droit étranger et comparé", n° 4 et à "Droit économique et relations économiques internationales", n° 9.

**a - Stock actuel relevant de la section 34**

1 - **GRECO 15**, "Centre d'Etudes et de Recherches sur les Sociétés de l'Océan Indien" (Aix, Louis Favoreu) : étude juridique, économique, ethnologique, anthropologique, linguistique, géographique, historique et politique des sociétés et des pays de l'Océan Indien (Madagascar, Maldives, la Réunion, Maurice, Seychelles, Comores, Afrique Orientale, Inde, Indonésie) : mise en place d'un réseau documentaire informatisé ; rencontres régulières des représentants des 14 équipes (dont 3 relevant de la section 34 : RCP 563, "Centre des Hautes Etudes sur l'Afrique et l'Asie moderne", Malecot ; LA 99, "Centre d'études et de recherches internationales", Hermet ; ERA 70, "Centre d'étude d'Afrique noire", Lavroff). Crédits C.N.R.S. 1981 : 125 100 F. Annuaire des pays de l'Océan Indien, coédité par le C.N.R.S.

2 - **LA 150, CRESM**, "Centre de Recherches et d'Etudes sur les Sociétés Méditerranéennes" (Aix, Maurice Flory) : décolonisation et développement au Maghreb ; le Sahara dans les tâches d'édification nationale des Etats maghrébins (mise en valeur, spécificité des milieux humains et leurs transformations, influence du Sahara dans la construction politique des Etats maghrébins) ; les sociétés maghrébines à l'épreuve du développement (aspects économiques, juridiques et politiques, droit du développement) ; les politiques scientifiques et technologiques au Maghreb et au Proche Orient ; Maghreb musulman en 1979 ; documentation informatisée ; participe au GRECO 13 (migrations internationales) et au GIS 1200 (maison de la Méditerranée) 5 collections. Crédits 1980 université : 25 200 F. Crédit 1980 ministère 50 000 F. Contrat ATP 1980 : 70 000 F. Huit chercheurs C.N.R.S. Dix neuf emplois ITA C.N.R.S. Crédits 1981 C.N.R.S. : 242 500 F. Annuaire de l'Afrique du Nord édité par le C.N.R.S.

3 - **LA 99**, "Centre d'Etudes et de Recherches internationales" (Paris, FNSP, Guy Hermet) : apparition de nouveaux centres de pouvoir sur le système international (équilibres globaux et configurations régionales) ; politiques des pays exportateurs de produits agro-alimentaires ; analyse comparée des systèmes politiques ; recherches sur les régimes autoritaires (notamment militaires) ; évolution des mouvements communistes européens ; intégration européenne (problèmes dus à son élargissement, groupes de pression, élections) ; les relations Est-Ouest (détente, sécurité européenne) et politiques étrangères des pays européens ; pays de l'Europe de l'Est (notamment URSS et Yougoslavie) ; Asie (Chine, Japon, Inde) ; Etats-Unis (pouvoir politique et pouvoir militaire, politique étrangère, presse, sondages, contestation) ; Amérique latine (systèmes politiques et partis) ; Monde Arabe (relations avec l'Europe, relations interarabes, phénomènes politiques du Moyen-Orient, Islam et politique ; participation au GRECO 15 Océan Indien. Revue Maghreb-Machrek. Crédits 1980 ministère : 35 000 F. Contrats publics 1980 : 173 000 F. Douze chercheurs C.N.R.S. Trois emplois ITA C.N.R.S. Crédits 1981 C.N.R.S. : 56 900 F.

4 - **ERA 70 C.E.A.N.**, "Centre d'Etudes d'Afrique Noire (Bordeaux I, I.E.P. Dimitri Lavroff) : recherches en sciences juridiques et politiques sur les pays d'Afrique Noire ; la capacité des systèmes politiques africains (étude constitutionnelle, administrative et sociologique) ; construction de l'Etat et jacobinisme ; les catégories dirigeantes et les facteurs extérieurs ; Islam

et changement politique en Afrique Noire (augmentation de la population musulmane ; dynamisme islamique et Etats face aux revendications islamiques dans le domaine du droit et de l'enseignement, évaluation de la situation de l'Islam ; collaboration avec le LA 99 (CERI, Hermet) et le LA 150 (CRESM, Flory) ; participation au GRECO 15 (Océan Indien, Favoreu). L'année africaine. Crédits 1980 université : 64 000 F. Crédits ministère 1980 : 12 000 F Contrats publics 1980 : 55 000 F. Un chercheur C.N.R.S. Un emploi ITA C.N.R.S. Crédits 1981 C.N.R.S. : 26 100 F.

5 - **RCP 637**, "Annuaire français de Droit international" (Paris, Daniel Bardonnet). Crédits 1981 C.N.R.S. : 15 000 F.

6 - **RCP 503**, "Atlas raisonné du monde musulman contemporain"(CHEAM, Paris, Georges Malecot), qui relève à titre principal de la section 38, "Langues et civilisations orientales" : carte générale des musulmans dans le monde ; atlas raisonné du monde musulman (avec présentation de la situation actuelle de l'Islam dans chaque pays) ; collaboration avec le LA 99 (CERI, Hermet) et le GIS 7 (maison de l'Orient méditerranéen, Lyon II, Sanlaville) ; participation au GRECO 15 (Océan Indien, Louis Favoreu).

7 - **RCP 597**, "Institut d'Histoire des Relations Internationales Contemporaines" (IHRIC, Paris I, Duroselle) qui relève à titre principal de la section 40 (histoire moderne et contemporaine) : mutation profonde des structures diplomatiques au cours du XXème siècle en France (évolution quantitative du personnel et du budget des Affaires étrangères ; développement des institutions impliquées dans les négociations internationales hors des Affaires étrangères ; développement de la diplomatie multilatérale ; élargissement des objets de négociations) ; études comparatives (Etats-Unis, Italie, Turquie et Moyen-Orient ; URSS, Tchécoslovaquie).

8 - Subvention à la revue "Revue générale de droit international public" (Paris, Charles Rousseau et Michel Virally). Subvention 1981 : 18 000 F.

9 - **Aide individuelle** "Centre de Recherches sur l'U.R.S.S. et les pays socialistes" (Strasbourg III, Alexandre Kiss) : recherches sur l'URSS et les pays socialistes, transferts triangulaires de technologie ; relations Est-Ouest. Un emploi d'ITA C.N.R.S. Revue "Annuaire D'U.R.S.S. et des pays socialistes européens" subventionnée par le C.N.R.S. (subvention 1981 : 5 000 f.).

10 - Subvention à la revue "Annuaire du Tiers Monde" (Paris, Pierre Gonidec) : subvention 1981 égale à 5 000 F.

11 - Aide individuelle "Société française pour le droit international" (Strasbourg III, Gérard **Cohen Jonathan**) : collection de traités internationaux. Crédits 1981 C.N.R.S. : 8 000 F.

12 - Aide individuelle "Institut des hautes études internationales" (Paris II, **Prosper Weil**). Un emploi ITA C.N.R.S.

13 - (v. à "Droit économique", n° 9) un des programmes de l'**ER 130**, CREDIMI (Dijon, Philippe Kahn) porte sur le rôle des organisations internationales dans les relations Nord-Sud (technologie, énergie, financement international, agro-industrie).

14 - (v. à "Régimes et institutions politiques" n° 13) : "Revue française de Science Politique".

#### b - Lacunes : appels d'offres

1 - Droit international public : la théorie générale des organisations internationales, le droit international de l'environnement, les droits de l'homme. Encore faut-il des initiatives : **colloque ou projets de RCP.**

2 - Communauté européenne et Europe politique : conditions d'émergence d'un système politique, établissement de nombreux réseaux de relations entre les partis, les syndicats et autres acteurs du jeu politique et social ; dimension européenne des problèmes et analyse comparative.

3 - Aires-études comparatives : études comparatives entre pays appartenant à la même aire ou à des aires différentes ; nature et rôle de l'armée, des syndicats, des acteurs économiques ; comparaison des options politiques, économiques, culturelles. Colloque préparatoire ? Projet d'équipe ?

4 - Aires-relations internationales : études des relations entre pays appartenant à des aires politiques et culturelles différentes. Exemple Chine-Japon ; Etats-Unis-Chine ; Etats-Unis-Japon ; etc... Colloque préparatoire ? Projet d'équipe ?

5 - Mondialisation des problèmes et des perspectives ; économies et politiques internationales marquées par le dialogue Nord-Sud, par la montée des périls Est-Ouest. Colloque préparatoire ? Projet d'équipe ?

**12 - Droit administratif et science administrative, finances : voir aussi à "urbanisme (n° 10) et "pouvoir local" (n° 14).**

**a - Stock actuel relevant de la section 34**

1 - **ERA 244**, "Centre d'Etudes et de Recherches de Science Administrative" (Paris II, Roland Drago) : l'administration et l'emploi ; l'influence de l'informatique sur l'administration et sur les relations administration-administrés ; les entreprises publiques du point de vue de la science administrative ; les modèles d'administration ; l'histoire du syndicalisme des fonctionnaires ; Crédits 1980 université : 24 500 F. Crédits 1980 ministère : 30 000 F. Trois chercheurs C.N.R.S. Deux et demi emplois ITA C.N.R.S. Crédits 1981 C.N.R.S. : 24 300 F. Bibliographie internationale de Science administrative éditée par le C.N.R.S. (trimestriel).

2 - **ERA 581**, "Recherches administratives et financières" (Strasbourg III, Paul Amselek) : droit et contentieux fiscal français dans le cadre de la CEE (contentieux fiscal, interprétation des textes fiscaux) ; le contrôle de l'administration (formes de contrôle non juridictionnel de l'administration, le contentieux administratif) ; fichiers (revues, ouvrages) ; jurisprudence financière, fiscale et douanière). Crédits 1980 université : 41 200 F. Aucun chercheur C.N.R.S. Aucun emploi ITA C.N.R.S. Crédits C.N.R.S. : 10 100 f.

3 - **ERA 934**, CRA, "Centre de Recherches Administratives" (Aix-Marseille III, Charles Debbasch) : l'administration face aux principales mutations contemporaines : recherche européenne comparée ; administration comparée ; administration territoriale ; aménagement du territoire ; administration et finances ; publication annuelle d'une revue. Aucun chercheur C.N.R.S. un ITA CNRS, Crédits C.N.R.S. 1981 : 15 000 F. "Annuaire européen d'administration publique" édité par le C.N.R.S.

4 - **ERA 514**, CREDAP, "Centre de Recherches et d'Etudes sur la décision administrative et politique" (Paris IX-Dauphine, Lucien Sfez) : analyse de la prise de décision au travers des structures administratives ; recherche du pouvoir et pouvoir de la recherche ; anonymat et solitude en milieu urbain : étude d'un cas de gestion démocratique (le cas de Naples) ; la fête comme remède à la démocratie. Crédits université 1980 : 40 000 F. Contrats publics 1980 : 49 500 F. Aucun chercheur C.N.R.S. Aucun ITA C.N.R.S. Crédits C.N.R.S. 10 800 F.

5 - (v. à "Régimes et institutions politiques", n° 13), "Revue du droit public et de la science politique".

- 6 - (v. à "Sociologie politique", n° 15) une partie du programme du **LA 120**, CEVIPOF (FNSP, Lancelot) portant sur les administrations publiques, le contrôle financier.
- 7 - (v. à "Droit économique...", n° 9), une partie du programme de l'**ERA 510** (Grenoble, Berr et Reboud) portant sur la TVA et les impôts sur le revenu.
- 8 - (v. à "Histoire du droit", n° 16) les équipes étudiant l'histoire des institutions administratives et locales : **ERA 203** CRHESI, Grenoble II, Pierre Chevallier ; **ERA 641**, Montpellier, Gouron ; aide individuelle Jean **Favier** ; aide individuelle Germain **Sicard**, Toulouse.

b - **Lacunes** (appels d'offres)

- Histoire des administrations centrales et des grands corps de l'Etat depuis le XIXème siècle avec le concours de l'Institut Français de Science Administrative de l'Ecole pratique des Hautes Etudes et du Conseil d'Etat. Formes possibles : **Colloques, publications.**

- Archives privées des hommes politiques importants (du premier Empire à nos jours : recueillir des archives (un local existe déjà 87, boulevard Saint-Germain, 75006 Paris) ; dresser des répertoires ; étudier les problèmes juridiques et techniques posés par les archives privées. Formes : RCP ou aide individuelle pour le stockage et le répertoire. Colloque sur les problèmes techniques et juridiques (avec participation de privatistes, publicistes, des Archives nationales et de la Bibliothèque nationale) ; publication des documents les plus importants ou de résumés.

- Fiscalité insuffisamment développée au sein du C.N.R.S.

**13 - Régimes et institutions politiques, idées politiques** : v. aussi à "Sociologie politique" (n° 15), "pouvoir local" (n° 14).

a - **Stock actuel relevant de la section 34**

En fait, une seule équipe.

- 1 - **LA 292**, "Centre d'analyse comparative des systèmes politiques" (Paris I, Maurice Duverger) : Analyse comparative synchronique (analyse comparative des dictatures : publication et préparation) ; les régimes semi-présidentiels ; le développement de l'Assemblée des Communautés européennes ; les secondes chambres dans les parlements occidentaux ; mesure de l'activité parlementaire ; collection "travaux du centre d'analyse comparative des systèmes politiques". Crédits université 1980 : 29 600 F. Aucun chercheur C.N.R.S. Deux et demi emplois ITA C.N.R.S. Crédits 1981 C.N.R.S. : 15 600 F.
- 2 - "Revue du droit public et de la science politique" (Paris, Jacques Robert). Un ITA C.N.R.S. Subvention C.N.R.S. 1981 pour la revue : 18 000 F.
- 3 - "Revue française de science politique" (Paris, Georges Lavau). Subvention C.N.R.S. 1981 pour la revue : 10 000 F.
- 4 - Revue "Pouvoirs" (Paris, Philippe Ardant). Subvention C.N.R.S. 1981 pour la revue : 5 000 F.
- 5 - "Bulletin analytique de documentation politique, économique et sociale contemporaine" (Paris, Louis Bodin). Subvention C.N.R.S. 1981 pour le bulletin : 13 000 F.
- 6 - Association française de science politique (FNSP, François Goguel). Un ITA C.N.R.S.
- 7 - I.E.P. de Lyon (Marcel Pacaud). Un demi emploi ITA C.N.R.S.

8 - Corpus constitutionnel (Paris, Jacques Cadart) : recueil universel des constitutions en vigueur (exposé du texte en langue du pays et en langue française) ; publications sous le patronage de l'Union académique internationale et de l'Académie des sciences morales et politiques. Un ITA C.N.R.S. Crédit C.N.R.S. 1981 : 3 000 F.

9 - (v. à "Sociologie politique", n° 15) une partie du programme du LA 120, CEVIPOF (FNSP, Alain Lancelot) porte sur les institutions politiques ; l'analyse du discours ; les idées et la pensée politique.

**b - Lacunes : appels d'offres**

- Politique publique et politiques en France : remise en cause de l'Etat providence ; processus d'élaboration des choix (analyse des décideurs, les modèles possibles de décision) ; appréciation des résultats : retombées des décisions, réaction des usagers (avec comparaisons dans le temps et l'espace).

**14 - Pouvoir local** : v. aussi "Droit administratif" (n° 12) et "Sociologie politique" (n° 15).

**a - Stock actuel relevant de la section 34**

1 - **GRECO 14, GRAL "Groupement de Recherches coordonnées sur l'Administration locale** (Paris I, Jean Bouinot et Georges Dupuis) : relations avec l'environnement (pouvoir local et changement social ; articulation entre les planifications spatiales établies au niveau national et au niveau local ; intervention économique des collectivités locales ; théorie micro décisionnelle de l'investissement local ; rôle et subventions de l'Etat et des départements aux communes) ; les structures internes d'organisation des villes (satellites municipaux, relations entre collectivités locales et institutions sanitaires, organigrammes communaux) ; les hommes (relations entre personnel communal et agents de l'administration territoriale de l'Etat, mutations du statut du personnel communal depuis le XIXème siècle, rapports entre élus et fonctionnaires communaux, formation des personnels communaux ; actions de formation permanente, les maires depuis le consulat) ; les technologies de gestion (tableau de bord communal, informatique, prévision financière à court terme, innovations et limites à la rationalisation dans la gestion des espaces verts, services statistiques) ; 23 équipes (dont l'ERA 580, CERVL, Bordeaux, Alain Mabileau et l'ERA 934, Aix, Charles Debbasch (1)). Crédits C.N.R.S. 1981 : 89 200 F.

2 - **ERA 580, CERVL, "Centre d'Etudes et de Recherches sur la vie locale** (Bordeaux I, Albert Mabileau) : observation du changement social et culturel ; les relations entre le personnel communal et les agents de l'administration territoriale de l'Etat ; transformations urbaines et vie associative ; évolution des processus de décision (dans un aménagement touristique intégré) ; recherche comparative sur le processus de réforme des collectivités locales ; le recrutement des élites locales, banque de données sur les collectivités locales ; participation au GRECO 14, GRAL (v. ci-dessus) et au GRECO 13 (migrations internationales). Crédits université 1980 : 30 800 F. Contrats publics 1980 : 125 000 F. Deux chercheurs C.N.R.S. Aucun emploi d'ITA C.N.R.S. Crédits C.N.R.S. 1981 : 17 500 F.

3 - **ERA 71, CERAT, "Centre d'Etudes et de Recherches sur l'Administration Economique et l'Aménagement du Territoire"** (Grenoble, d'Arcy) : espace et politique (structuration territoriale des interventions administratives et régulations politiques opérées dans les cadres territoriaux : région, département, commune, quartier) ; rapports complexes entre l'Etat, son administration et la société (la planification économique et sociale en France et dans d'autres

(1) Cf. Annuaire européen d'administration publique, t. III, 1980, C.N.R.S., 1981 : "Les compétences du pouvoir local dans les pays européens", p.11 à 304.

pays ; politique de santé ; politique agricole) ; études méditerranéennes (transformations des pays méditerranéens) ; territoires et groupes sociaux (interventions simultanées et conflictuelles de plusieurs autorités sur un même espace : haute montagne, cadre de vie urbain, tourisme, parcs nationaux) ; banque de données socio-politiques (élections, socio-démographie, comportements socio-politiques) ; Annuaire de l'aménagement du territoire. Crédits université 1980 : 29 500 F. Crédits ministère 1980 : 114 000 F. Contrats publics 1980 : 232 000 F. Contrats privés 1980 : 52 500 F. Contrat ATP 1980 : 7 000 F. Huit chercheurs C.N.R.S. Cinq emplois ITA C.N.R.S. Crédits C.N.R.S. 1981 : 72 400 F.

4 - **ERA 817**, CRAPS, "Centre de Recherches Administratives, Politiques et Sociales" (Lille II, Bernard Toulemonde) : évolution et transformations sociopolitiques dans le Nord ; réformes des collectivités locales en droit comparé (France, Belgique, R.F.A., Royaume-Uni) et l'évolution des structures locales en France ; aides économiques européennes et leurs incidences dans le Nord ; techniques contractuelles appliquées contre la pollution en France ; marchés publics et économie régionale (mécanismes décisionnels et impact économique) ; politique urbaine dans la métropole lilloise ; changement social ; mode de vie et représentations collectives dans le Nord et en Belgique. Crédits université 1980 : 60 000 F. Contrats publics 1980 : 450 000 F. Aucun chercheur C.N.R.S. Aucun emploi d'ITA C.N.R.S. Crédits 1981 C.N.R.S. : 10 000 F.

b - **Lacunes** : aucune ne m'a été signalée, probablement parce que le GRECO 14 couvre tout le secteur.

**15 - Sociologie politique : attitude et comportements** : voir aussi à "pouvoir local" (n° 14).

a - **Stock actuel relevant de la section 34**

Un grand laboratoire et quelques autres équipes.

1 - **LA 120 CEVIPOF**, "Centre d'Étude de la Vie Politique Française contemporaine" (FNSP, Paris, Alain Lancelot) : formation et transformation des attitudes politiques et leurs déterminants socio-économiques et socio-culturels (la socialisation dans les pays scandinaves et en France ; le premier vote ; persistance et renouvellement des valeurs sociales et politiques françaises ; l'univers politique des 10-14 ans ; les préférences idéologiques aux États-Unis et en France) ; mass media et politique (télévision et élections) ; journaux d'élite dans le monde) ; religion et politique (catholiques de gauche ; clergé catholique et politique) ; opinion publique et votes (opinion publique à l'égard de la recherche scientifique ; le phénomène écologique ; comportement politique des femmes ; des petits commerçants) ; le discours politique ; les dimensions politiques du changement urbain (région parisienne, Loire moyenne, Yvelines) ; le comportement électoral en 1978 ; l'étude des institutions ; les forces politiques (les partis, les syndicats, les milieux agricoles) ; le personnel politique (militantisme, vie associative, les candidats, les parlementaires) ; les administrations publiques (magistrats de l'ordre judiciaire, contrôle financier, études comparatives sur les hautes fonctions publiques) ; la politique agricole française ; le mouvement ouvrier français. Contrats publics 1980 : 135 000 F. Treize chercheurs C.N.R.S. Deux emplois d'ITA C.N.R.S. Crédits 1981 C.N.R.S. : 91 300 F.

2 - (v. à "Techniques modernes") **GRECO 42** "Banque de données socio-politiques" (Grenoble, Frédéric Bon) : fichiers de résultats électoraux, fichier de données socio-démographiques ; fichiers de résultats d'enquêtes d'opinion.

3 - **ERA 818**, CSP, "Centre de Sociologie Politique" (Paris I, Pierre

Birnbaum) : Etat et culture politique en Europe occidentale à la fin du XIXème siècle ; le personnel politique français contemporain ; les intellectuels français, la politique et les carrières para-universitaires. Crédits 1980 université : 10 000 F. Crédits 1980 ministère : 10 000 F. Contrat ATP 1980 : 70 000 F. Deux chercheurs C.N.R.S. Aucun emploi d'ITA C.N.R.S. Crédit 1981 C.N.R.S. : 10 800 F.

4 - **ERA 515**, "Groupe de Recherche en Civilisation Britannique contemporaine" (Paris, Mme Monica Charlot) : comportement électoral en Grande-Bretagne (le vote des minorités, le vote des femmes ; la communication politique en Grande-Bretagne (discours, **média**, publicité) ; les forces politiques en Grande-Bretagne (partis, élites politiques, groupes de pression, luttes sociales). Aucun chercheur C.N.R.S. Aucun ITA C.N.R.S. Crédits C.N.R.S. 1981 : 23 000 F.

5 - Il faut ajouter le **LA 108**, "Centre d'Etudes Germaniques" (Strasbourg, François Dreyfus) qui relève à titre principal de la section 40 (histoire moderne et contemporaine), mais aussi de la section 34 : pensée politique allemande, mutations socio-économiques et comportement politique des Allemands depuis 1870) ; atlas des élections allemandes depuis 1871 ; les cadres socio-culturels de la vie politique allemande ; les relations franco-allemandes. Revue d'Allemagne subventionnée par le C.N.R.S.

6 - Pour l'aspect historique (v. à "Histoire du Droit", n° 16), **ERA 203** (Grenoble, Pierre Chevallier) : étude des événements et comportements politiques en Dauphiné depuis le Premier Empire ; l'aide individuelle Sicard (Toulouse) étudie l'évolution des mentalités politiques dans le Sud-Ouest au XIXème siècle.

#### b - **Lacunes à combler** : appels d'offres

1 - Etude des conséquences politiques du changement économique et social (influence de l'urbanisation, de la transformation des modes de vie, de la transformation des structures démographiques et sociales, de la situation économique) sur les attitudes et comportements politiques. Formes possibles : un colloque préalable serait nécessaire pour discerner les véritables lacunes.

2 - Remise en cause des critères traditionnels des choix politiques au XIXème siècle : choix politiques expliqués par des facteurs socio-économiques et socio-culturels.

- . Définition des enjeux, le rôle de l'information : pondération différente.

- . Vote-t-on pour des mobiles économiques, socio-politiques, culturels ?

- . Conséquences politiques des changements sociaux, économiques

et culturels.

3 - Rôle des **média** et des différents modes de communication et d'information sur la formation et l'expression des attitudes et des comportements politiques. Formes possibles : liaisons avec le C.N.E.T., où il y a une majorité de représentants des sciences exactes et aucun des sciences de l'homme (sauf en psychologie).

#### 16 - **Histoire du droit, des institutions, des idées et des faits économiques et sociaux**

Secteur pluridisciplinaire (droit privé, droit public, science politique, religion, criminologie...) et temporellement vaste (du troisième millénaire avant J.C. au début du XXème siècle).

#### a - **Stock actuel relevant de la section 34**



1 - **ERA 429**, "Centre de documentation des droits antiques" (Paris, Guillaume Cardascia) : Centre européen de documentation juridique sur l'Antiquité (ouvrages, revues, thèses). Publication d'un périodique (4 fascicules par an) ; utilisation de l'informatique et conversationnel (convention avec le CDSH). Chroniques critiques publiées dans la "Revue historique de droit français et étranger" (deux fois par an). Participation au GRECO 25 (Histoire ancienne du christianisme) ; participation au GIS 12001 (Mondes romain et post-romain). Crédits 1980 université : 10 200 F. Trois chercheurs C.N.R.S. Deux et demi emplois ITA C.N.R.S. Crédits 1981 C.N.R.S. : 80 200 F.

2 - **ERA 145**, "Centre d'Etudes d'Histoire juridique" (Paris II et Archives nationales, Pierre Timbal) : dépouillement analytique des registres du Parlement de Paris aux XIV<sup>ème</sup> et XV<sup>ème</sup> siècles (ressort judiciaire le plus important du royaume ayant influencé les ressorts voisins et les rédacteurs du Code Napoléon : les archives sont extrêmement volumineuses et font l'objet d'un traitement informatique) ; thésaurus (adopté à l'échelle européenne) ; tables et fichiers ; recherches sur le droit médiéval de la coutume de Paris. Publications éditées par le C.N.R.S. Aide technique précieuse aux formations et chercheurs en histoire du droit. Crédits 1980 université : 4 000 F. Un chercheur C.N.R.S. Quatre et demi emplois ITA C.N.R.S. Crédits 1981 C.N.R.S. : 17 600 F.

3 - **ERA 641**, "Institut d'Histoire des Anciens Pays de droit écrit" (Montpellier, André Gouron) : banque internationale de données bibliographiques en collaboration avec le Max Planck Institut für europäische Rechtsgeschichte de Francfort-sur-le-Main, l'Institute of medieval canon law (dirigé par Stephan Kuttner, University of California, Berkeley) ; histoire juridico-économique médiévale des pays de droit écrit (droit féodal, droit privé, droit public, canonistes, universités, pratiques notariales) ; sociologie juridique (contrats matrimoniaux au XIX<sup>ème</sup> siècle) ; délinquance (à partir des jugements correctionnels au XIX<sup>ème</sup> siècle) ; participation à une ATP et une action de la DGRST. Colloques internationaux. Publications d'ouvrages. Publication d'une revue. Crédits 1980 université : 130 400 F. Crédits ministère 1980 : 35 900 F. Contrats ATP 1980 : 46 000 F. Deux chercheurs C.N.R.S. Aucun emploi ITA C.N.R.S. Crédits 1981 C.N.R.S. : 13 000 F.

4 - **ERA 935**, "Centre de Recherches historiques de la Faculté de Droit de Dijon" (Dijon, Jean Bart). Créée en 1981, cette ERA a les programmes suivants : mutations foncières et sauvegarde des patrimoines au Moyen-Age (Chartes des XI<sup>ème</sup> et XII<sup>ème</sup> siècles et protocoles des notaires aux XIV<sup>ème</sup> et XV<sup>ème</sup> siècles) et au XIX<sup>ème</sup> siècle ; fluctuations économiques et pratiques judiciaires au XIX<sup>ème</sup> siècle (crédit notarié, établissements bancaires, fragilité des entreprises locales, faillites) ; doctrine et pratique face au droit positif (expression coutumière et législative de la règle ; interprétation par les arrêtiéristes et les professeurs, application chez les praticiens et dans la jurisprudence) ; recherche sur les plus anciens textes coutumiers bourguignons ; l'enseignement du droit et ses résultats pratiques. Collection d'ouvrages. Revue publiée chaque année. Un chercheur C.N.R.S. Aucun ITA C.N.R.S. Crédits C.N.R.S. 1981 : 10 000 F.

5 - **ERA 203**, CRHESI, "Centre de Recherche d'Histoire Economique Sociale et Institutionnelle" (Grenoble II, Pierre Chevallier) : histoire de l'enseignement de la Révolution française à nos jours ; histoire des institutions et des administrations dauphinoises (vie judiciaire, hôpitaux, conseil de préfecture, administration des forêts, garde nationale) ; histoire des événements et comportements politiques en Dauphiné (action des préfets, presse locale, etc..) ; histoire du travail et des mouvements sociaux depuis le XVIII<sup>ème</sup> siècle ;

sociologie juridique matrimoniale (comportements juridiques des époux à partir des contrats de mariage depuis la fin du XVIIIème siècle) ; la délinquance et la répression pénale aux XVIIIème et XIXème siècles en Dauphiné et en Provence. Crédits 1980 université : 25 000 F. Deux chercheurs C.N.R.S. Deux emplois ITA C.N.R.S. Crédits 1981 C.N.R.S. : 10 000 F.

6 - Neuf aides individuelles dans la région parisienne :

1) Centre de droits cunéiformes (**Guillaume Cardascia**) : fonds scientifique européen, fichiers, répertoires, recherches de droit privé et de droit public sur la Mésopotamie antique ;

2) Sources du droit romain (**André Magdelain**) : concept de loi et senatus consulte, langage de chaque source et interactions "jus" et réglementation ; fonds scientifique unique en France ;

3) Centre de documentation papyrologique (**Joseph Méléze**) : fonds scientifique Européen ; fichiers ; rapports scientifiques ; recherche sur l'Egypte ptolémaïque, gréco-romaine et romano-byzantine ;

4) Bibliographie en langue française d'histoire du droit (**Gérard Sautel**) : dépouillement systématique et annuel de 250 revues, des thèses et d'environ 1 700 ouvrages ; établissement d'index ; publication d'un volume chaque année ;

5) Publication des arrêts du conseil du roi, d'Henri III à Louis XIII (**Mme Nadia Dumont**) : établissement du texte, commentaire, index ; publications (6 ouvrages déjà édités par le C.N.R.S.) ;

6) Histoire du droit pénal (**Melle Yvonne Bongert**) : procédure pénale (torture judiciaire, solidarité familiale, évolution de la procédure pénale) ; délinquance pénale et responsabilité pénale des mineurs, peines privatives de liberté (prison, travaux forcés) ; crimes contre les moeurs ;

7) Centre de droit hébraïque (**J. Ph. Lévy**) : fonds documentaire sur les communautés juives en France (corpus régionaux, répertoire national, publications) ; recherches sur la situation des Juifs du XIIIème siècle à la Révolution, colloques internationaux ;

8) Administration parisienne à la fin du Moyen-Age (**Jean Favier**) : recensement des nombreuses sources ; fichiers ; étude prosopographique des officiers de l'administration municipale ; procédures administratives ; évolution économique et sociale de Paris ;

9) Histoire économique et sociale du XVIème au XVIIIème siècle (**Melle Juliette Turlan**) : Histoire économique et sociale française du XVIIème au XIXème siècle : évolution de la monnaie et des instruments de crédit, commerce extérieur de la France depuis le XVIIème siècle, l'administration économique et l'intervention de l'Etat ; histoire des consulats ; politique française et anglaise au Levant ; fonds scientifique ; colloques internationaux.

L'ensemble de ces 9 aides bénéficie globalement de deux chercheurs C.N.R.S., trois ITA C.N.R.S. et de crédits C.N.R.S. 1981 pour 36 000 F.

7 - Aide individuelle, "Institut d'Anthropologie juridique de Limoges" (**Pierre Braun**, Limoges) : les procès de sorcellerie de 1230 à 1400 (corpus de documents, rassemblement des lettres de rémission) ; la rémission royale française ; iconographie juridique ; perspective législative (expérimentation du médicament sur l'homme, les manipulations génétiques) ; colloques. Crédits C.N.R.S. 1981 : 5 000 F.

8 - Aide individuelle, "Centre d'Histoire juridique de l'Université des Sciences sociales de Toulouse" (**Germain Sicard**, Toulouse) : dépouillement du volumineux fonds des arrêts du Parlement de Toulouse (fin du XVIIIème siècle) sur les matières de droit public (institutions ; administrations) ; mentalités politiques dans le Sud-Ouest au XIXème siècle d'après la presse et les rapports des préfets ; l'évolution de l'enseignement dans la deuxième moitié du XIXème

siècle et au début du XXème ; évolution de la criminalité au XIXème siècle et jusqu'à 1925. Un demi poste ITA CNRS. Crédits CNRS 1981 : 3 000 F.

9 - "Revue historique de droit français et étranger" (Paris, **Joseph Méléze**), demi emploi ITA C.N.R.S. Subvention annuelle du C.N.R.S. pour la publication (en 1981 : 15 000 F.).

10 - Il faut ajouter que le **LA 247**, "Laboratoire d'études méridionales" (Toulouse, Castan et Ravier), qui relève de la section 39, comprend cinq équipes dont une relève de la section 34 avec un et demi emploi ITA C.N.R.S. : Centre de recherches et d'études des textes juridiques méridionaux (Henri Gilles) avec pour programme l'étude et la publication de textes méridionaux du Sud-Ouest (cartulaires et actes privés, chartes de coutumes), l'étude des droits savants et de la réception du droit romain, l'étude des manuscrits canoniques, participation à des réunions scientifiques internationales.

#### b - Priorités

1 - d'abord le **regroupement en une ERA des neuf aides individuelles de la région parisienne** qui a été demandé par la section 34 en décembre 1979 et en décembre 1980 : ce voeu a été réalisé et un dossier a été envoyé au C.N.R.S. pour créer cette ERA ;

2 - droits et économie de l'Antiquité : recherches à développer, ce qui pourrait être fait dans le cadre de l'ERA créée citée en b. 1.

3 - histoire des faits économiques et sociaux : grosse lacune au sein de la section 34 (un chercheur, une aide individuelle, une partie du programme de l'ERA 935 (Dijon, Jean Bart). Dans un premier temps, une des équipes de l'ERA créée dans la région parisienne (voir supra b, 1) assurerait des recherches dans ce secteur. Dans un second temps, organisation d'un colloque, suivi éventuellement d'une RCP, pour les spécialistes dispersés géographiquement, mais pouvant peut-être travailler sur des thèmes précis. L'intervention de la section 33 (sciences économiques) serait très utile.

4 - histoire des idées politiques jusqu'au XIXème siècle : lacune presque totale et spécialistes dispersés. Formes possibles : colloques en liaison avec l'Association française des historiens des idées politiques (créée en 1980 sous la direction d'Ellul, Ourliac et Morel) ; publications ; éventuellement un chercheur ; ultérieurement peut-être une RCP.

5 - XVIIIème et XIXème siècles dans le Sud-Ouest : lacune (sauf une aide individuelle : Sicard). Programme : exploitation du riche fonds du Parlement de Toulouse pour le XVIIIème siècle, étude des problèmes du XIXème siècle dans le Sud-Ouest (criminalité, instruction, administration, vie politique). Une ERA créée pourrait réaliser ces objectifs.

6 - D'autres lacunes sont signalées pour mémoire : histoire du droit international privé ; histoire du droit social ; sociologie politique historique ; histoire du droit canonique ; région du Nord ; pays de l'Ouest.

**17 - Religions, institutions ecclésiastiques, droit canonique, Eglise et Etat**

#### a - Stock actuel relevant de la section 34

1 - **ERA 286**, CERDIC, "Centre de recherches et de documentation des institutions chrétiennes" (Strasbourg II, Jean Schlick) : centre européen de documentation sur les religions et institutions religieuses au XXème siècle (traitement par ordinateur de 1 400 revues religieuses courantes et environ 5 000 ouvrages paraissant dans le monde chaque année, avec un système informatique parfaitement au point) ; banque mondiale de données

avec interrogations multilingues possibles ; recherches comparatives sur les rapports entre Eglise et Etat (régimes concordataires et régimes de séparation) ; régime des cultes et liberté religieuse ; les partis politiques et les Eglises (ATP) ; position des Eglises et des chrétiens lors des élections au Parlement Européen ( ATP) ; conceptions théoriques des Eglises sur la société ; rapports entre églises locales et communes (propriété et entretien des établissements de culte ; rémunération du bas clergé ; funérailles et cimetières ; droit canonique ; l'enseignement et l'organisation des Eglises (les traités de droit ecclésiastique : ATP ; l'évolution du droit canonique moderne depuis le Code de 1917 ; justice administrative au sein de l'Eglise ; les paroisses sans prêtres ; les tendances à la séparation à l'intérieur des Eglises) ; recherches oecuméniques et Eglises du Tiers Monde. Participation à deux ATP. Liens réguliers avec les centres de recherches de Florence, Pampelune, Madrid et Fribourg. Colloques internationaux. Deux revues (RIC et Oecumène). Deux collections. Crédits 1980 université : 29 300 F. Crédits 1980 ATP 57 000 F. Aucun chercheur C.N.R.S. Un ITA C.N.R.S. Crédits 1981 C.N.R.S. : 31 000 F.

2 - (v. à "Droit international public...", n° 11) une partie des programmes de l'ERA 70, CEAN (Bordeaux, Lavroff) porte sur "Islam et changement politique en Afrique Noire"(augmentation de la population musulmane, dynamisme islamique et Etats face aux revendications islamiques dans le domaine du droit et de l'enseignement, évolution et situation de l'Islam.

3 - (v. à "Sociologie politique", n° 15) une partie des programmes du LA 120 (CEVIPOF, FNSP, Alain Lancelot) porte sur "Religions et Politique" (catholiques de gauche, clergé catholique et politique).

4 - (v. à "Histoire du droit", n° 16) une partie des programmes de l'ERA 641 (Montpellier, André Gouron) porte sur l'étude des canonistes médiévaux.

5 - (v. à "Histoire du droit", n° 16) une aide individuelle ("Centre de droit hébraïque", Paris, **Jean Philippe Levy**) porte essentiellement sur les communautés juives en France (corpus régionaux, répertoire national, publications) et la situation des Juifs du XIIIème siècle à la Révolution.

6 - (v. à "Histoire du droit", n° 16) une partie des programmes du LA 247 (Toulouse, Castan et Ravier) menée par Henri Gilles porte sur l'étude des manuscrits canoniques du Moyen-Age.

#### b - Lacunes

Un programme pourrait être développé : la séparation des Eglises et de l'Etat, thème déjà abordé par l'ERA 286 (CERDIS, Strasbourg, Jean Schlick), mais qui n'a pas jusqu'ici reçu un appui suffisant du C.N.R.S.

Le champ de recherches pourrait couvrir des pays différents : Pologne, Mexique, Pays musulmans, etc.. Une RCP avec participation de l'ERA 286 et la participation de divers collègues dispersés, permettrait d'aboutir à des recherches aboutissant à un ou plusieurs ouvrages.

#### IV - ACCROISSEMENT NECESSAIRE DES MOYENS BUDGETAIRES

Pendant longtemps on a eu souvent tendance à estimer que la recherche juridique (cela n'est pas vrai en science politique grâce à l'action de la FNSP) ne nécessitait pas de moyens (ou réclamait peu de moyens). On a affirmé qu'elle restait individuelle en grande partie. Ces assertions n'étaient pas totalement inexactes, mais la situation a beaucoup changé, notamment avec l'apparition d'équipes, associées ou non au C.N.R.S., au cours des dernières années.

D'ailleurs si on veut attirer les chercheurs individuels, notamment les professeurs et les maîtres-assistants, si on veut mobiliser la communauté universitaire, encore faudrait-il offrir quelque chose de concret : des locaux, des chercheurs à temps plein, des collaborateurs techniques, des moyens de crédit, la possibilité d'obtenir la création d'une ERA ou d'une RCP.

Or, pour les équipes déjà existantes (parfois depuis longtemps) que constate-t-on ? Des formations dont les crédits réels diminuent, qui sont proches d'une sorte de "minimum vital", qui n'ont pas assez (ou pas du tout) de chercheurs et d'ITA.

Quant à ceux tentés par l'aventure au C.N.R.S., ils savent que les moyens sont très faibles.

**Tout schéma directeur de développement, pour ne pas rester utopique et afin de ne pas créer de faux espoirs, doit être accompagné de moyens budgétaires complémentaires dans le cadre d'un plan quadriennal, si possible décennal.**

Or, au cours des dernières années, la situation des équipes s'est aggravée en raison de la forte érosion des crédits de fonctionnement, ce que rappelle d'ailleurs l'avant-projet du C.N.R.S. de septembre 1980 (1) et d'une manière plus générale le Rapport du Comité de Recherche du Commissariat Général du Plan (2). Il faut préciser que cette dégradation a été stoppée en 1981 pour la section 34, grâce à la compréhension et à l'action des directeurs scientifiques MM. LISLE et MORISSON.

(1) Avant-projet de septembre 1980 : tableau 6 de la page VIII, 20. Ce tableau montre l'érosion générale, mais en section 34 elle est plus forte que la moyenne. Cf. R.R.J. 1979-1980, n° V-8, p.15.

(2) Ouvrage cit. p.1.

"La diminution de l'effort national de recherche depuis 1968 est à imputer essentiellement au financement public : sa part dans le P.I.B. est tombée de 1,55 % à 1,05 %. Dans le même temps le financement privé de la recherche industrielle augmentait progressivement, passant de 0,63 % du P.I.B. en 1968 à 0,75 % en 1980". Depuis 1974, le financement public a continué de diminuer, passant de 1,09 % à 1,05 % du P.I.B., tandis que le financement privé passait de 0,69 à 0,75 % du P.I.B. (pages 16-18).

Au cours du VIII<sup>ème</sup> Plan, "les moyens de travail n'ont pas suivi la progression des effectifs, réduisant ainsi l'efficacité du travail des chercheurs... Les moyens de travail disponibles par chercheur ont connu en moyenne une réduction sensible" (p.19). L'effort de l'Etat appelle un "redressement rapide". Sa diminution relative au cours de la période passée, s'est accompagnée d'une détérioration des moyens de travail des laboratoires qui, dans la plupart des cas, sont aujourd'hui sous équipés. Le risque existe très fortement, si cette tendance se poursuit, de voir se dégrader rapidement la qualité de notre production scientifique, malgré la compétence reconnue de nos chercheurs" (p.29).

Il faut renverser de manière plus nette la tendance, surtout si l'on veut atteindre les objectifs du schéma directeur. L'avant-projet de septembre 1980 prévoyait toute une série de mesures pour consolider les très bonnes recherches existantes et en créer de nouvelles (1).

- en quatre ans combler l'écart entre la situation actuelle et le coût objectif ;
- en quatre ans accroître le nombre des chercheurs d'environ 3 % par an ;
- en six ans rattraper, par augmentation, la "dotation par chercheur".

Ces projets sont insuffisants pour rattraper le retard, mais ils ont le mérite d'exister. Encore faudrait-il que l'accroissement du budget général du C.N.R.S. ait des retombées concrètes sur le secteur des sciences sociales et surtout au niveau des formations et chercheurs de la section 34 (2).

Pour évaluer les besoins complémentaires, il a été tenu compte des besoins spécifiques des sciences juridiques et politiques, fort différents des sciences dites "exactes". Leur inventaire est calculé sur une période de quatre années et pourra être affiné par la section 34.

## § 1. ACCROISSEMENT DU STOCK DES FORMATIONS : CINQ PAR AN (vingt en quatre ans)

Certes, si une ancienne équipe est insuffisamment active et ne remplit pas les espoirs mis en elle (ou si son programme est achevé), elle peut ne pas être renouvelée par la section 34, ce qui laisse la place à une nouvelle équipe dont le potentiel semble excellent. Mais il serait aberrant de vouloir combler des lacunes actuelles en supprimant de très bonnes formations existantes ; cela reviendrait à remplacer des lacunes par d'autres lacunes. **Le stock global des formations doit donc être augmenté** pendant les prochaines années.

### A - Facteurs d'évaluation

Comment évaluer l'accroissement en quatre ans du stock des formations ? **A priori**, cela est difficile et on peut tenir compte de plusieurs facteurs :

(1) Avant-projet cit., p.VIII, 14. Cf. R.R.J. 1979-1980, n° V - 8, p.10 et s.

(2) Si on prend comme exemple 1981, le budget général du C.N.R.S. a augmenté de 17-19 %, mais que se passe-t-il dans la répartition des crédits ?

- environ 80 % des dépenses du C.N.R.S., paraît-il, sont consacrés en priorité aux accroissements de traitements et de charges sociales ;

- des hors-statuts ont été intégrés. Combien en reste-t-il ?

- sur le disponible, le C.N.R.S. accorde la priorité aux équipements lourds des sciences "exactes", car ils seraient à bout de souffle très souvent ;

- sur le disponible, le C.N.R.S. accorde la priorité aux L.P. (Laboratoires propres) et GIS dont les dépenses d'infrastructure (loyers, fluides, nettoyage, gardiennage, réparations) ont augmenté de 15 à 20 %.

- que reste-t-il de l'accroissement du budget général pour l'ensemble du secteur des sciences sociales ? Pratiquement rien : reconduction approximative du budget 1980 en valeur nominale, donc diminution en valeur réelle de 10-15 % ;

- fort heureusement, les sciences juridiques et politiques ont été considérées comme prioritaires (comme l'ont été en 1980 les sciences économiques) et le budget des formations relevant à ce titre principal de la section 34 a augmenté globalement de 10 % environ, grâce aux interventions successives des directeurs scientifiques : M. Lisle et Morisson. Il n'en reste pas moins qu'un accroissement nominal de 10% couvre à peine l'inflation et ne peut servir de tremplin à l'expansion ;

- quant à la retombée sur les équipes, elle dépend de leur valeur qui est jugée par la section 34 ; si certaines connaissent une stagnation de leurs crédits, d'autres bénéficient d'un accroissement nominal de leurs moyens allant jusqu'à 10-12 %, ce qui couvre à peine l'inflation d'une année. Or l'inflation a pesé lourdement sur les équipes depuis plusieurs années.

1 - Le faible nombre du stock actuel (34 formations) par rapport au rôle du droit et de la science politique dans la société ;

2 - Le très haut niveau, au cours des quatre dernières années, des équipes candidates au statut d'ERA : prises en considération par la section 34, elles n'ont pu être associées en raison du contingent très limité du nombre des créations ;

3 - La très faible mobilisation des professeurs et maîtres-assistants : moins de 10 % participent à des équipes aidées par le C.N.R.S. Si on veut mobiliser, ne serait-ce que 10 % supplémentaires, il faut intéresser les universitaires en accroissant le stock actuel des formations ;

4 - Enfin le nombre de lacunes scientifiques actuelles (v. *supra* IV, § 2) est suffisamment grand pour créer des équipes nouvelles.

## B - Montant de l'évaluation

**Le stock devrait être accru chaque année de cinq formations (ERA ou RCP) en mettant à part les GRECO et les GIS.** Cela représenterait en quatre ans un accroissement du stock égal à une vingtaine de formations.

Il est souhaitable qu'un certain équilibre soit autant que possible réalisé entre la région parisienne et la province et entre les différents secteurs couverts par la section 34.

## § 2. ACCROISSEMENT DES CREDITS DES FORMATIONS : 60 % en valeur réelle sur quatre ans.

Cet accroissement doit être réel, adapté aux équipes, modulé selon les catégories de crédits.

### A - Accroissement réel, (et non nominal) du montant des crédits

#### 1 - Tenir compte de l'inflation

Il sera inutile d'insister sur l'inflation qui existe et dont il faut tenir compte :

- un accroissement nominal de 15 % couvre l'inflation actuelle : ce n'est pas un accroissement réel ;
- au sein du budget des sciences sociales avec accroissement zéro l'ensemble des sciences juridiques et politiques a un accroissement de + 10 %, ce qui ne résout pas le problème de l'expansion réelle ;
- le C.N.R.S. inclut les hausses pour les traitements des personnels, pour les dispenses de laboratoires propres, et des GIS, pour les renouvellements d'équipements lourds des équipes de sciences "exactes" : il faut qu'il les évalue pour les équipes associées en sciences juridiques et politiques ;
- le C.N.R.S. englobe les hausses lorsqu'il facture les services aux équipes et aux chercheurs et lorsqu'il détermine les taux horaires des vacances utilisées par les équipes : il faut qu'il en tienne compte pour les crédits des équipes associées.

#### 2 - En outre, il faut prendre en considération l'accroissement du stock global formations :

- prendre des crédits à de très bonnes formations existantes pour doter des formations créées est une mauvaise solution ;
- une ERA créée doit bénéficier d'un minimum de moyens, variable selon les cas. La précédente section 34 avait jugé qu'une nouvelle ERA devait bénéficier d'au moins 10 000 F. (chiffre à revoir) ;
- quant aux GRECO et GIS créés, la dotation complémentaire du C.N.R.S. (comme cela a déjà été dit) ne doit pas nuire au renforcement d'équipes

associées actuelles et à la création d'ERA nouvelles.

### 3 - Difficultés pour évaluer le taux nécessaire d'accroissement

Comment évaluer sur quatre ans un taux souhaitable alors que :

- nul ne peut prévoir l'inflation qui se produira ;
- on ignore quels seront les besoins des futures équipes dont la création sera souhaitable ;
- certaines équipes relèvent de plusieurs sections (voire de plusieurs secteurs) et il est impossible de prévoir les jugements de celles-ci ;
- les besoins des équipes actuelles peuvent évoluer avec leurs programmes.

### 4 - Evaluation : + 60 % en valeur réelle sur quatre ans

La section 34 n'a pas encore délibéré sur ce problème et **un taux d'accroissement réel de 60 % est proposé pour les quatre prochaines années (soit un accroissement réel de 15 % par an)** en tenant compte des données suivantes (1) :

- rattrapage : renforcement des bonnes équipes actuelles,
- accroissement du stock des formations.

Quant aux taux d'accroissement nominal, il dépend de l'inflation : en supposant celle-ci égale à 15 % par an, le taux nominal d'accroissement chaque année est égal à 30 % (15 % réel et 15 % d'inflation) appliqués

(1) Toute évaluation doit reposer sur des bases sérieuses et envisager diverses hypothèses. Il faut partir du montant arrondi des crédits accordés pour 1981 aux formations en excluant les LP, GRECO et GIS (car pour ceux-ci nous ignorons toutes les données et la politique du C.N.R.S. à leur égard) soit 1 000 000 de francs.

Deux hypothèses principales peuvent être faites :

a- hypothèse optimiste :

- l'érosion monétaire des quatre dernières années (60 %) est rattrapée des 2/3 en 4 ans :
 

1 000 000	x	10 %	x	4 =	400 000 F
-----------	---	------	---	-----	-----------
- le stock des formations croît de cinq équipes par an avec une dotation moyenne de
 

20 000 F	20 000	x	5	x	4 =	400 000 F
						800 000 F
- l'accroissement est de 80 % pour quatre ans, soit 20 % par an.

b- hypothèse pessimiste

- l'érosion monétaire des quatre dernières années (60 %) est rattrapée de 1/3 en 4 ans :
 

1 000 000	x	5 %	x	4 =	200 000 F
-----------	---	-----	---	-----	-----------
- le stock des formations croît de trois équipes par an avec une dotation moyenne de
 

20 000 F	20 000	x	3	x	4 =	240 000 F
						440 000 F
- l'accroissement est de 44 % pour quatre ans, soit 11 % par an.

On peut faire d'autres hypothèses et la fourchette est 44-80 % : le taux suggéré de 60 % est assez raisonnable. D'ailleurs le 8ème Plan (rapport du Comité de recherche, Commissariat général du plan 1981-1985, pp.29-34) propose d'accroître l'effort de la recherche de la nation en atteignant dès que possible un taux de 2,3 % du P.I.B. contre 1,8 % actuellement : cela représenterait un accroissement de **27,7 %**, alors que les sciences juridiques et politiques réclament un taux réel d'accroissement annuel de 15 %.

Pour le même comité, la situation actuelle "ne peut se perpétuer sans graves dangers pour l'avenir de la recherche. Elle appelle une restauration rapide (au maximum 3 ans) et absolument prioritaire. Des études permettent d'évaluer à un minimum de 50 % le supplément nécessaire en termes réels pour l'ensemble des crédits opérationnels" (p.35). Les crédits opérationnels sont ceux affectés au fonctionnement et à l'équipement des laboratoires (p.35) : ils ne représentent que 15 % du budget du C.N.R.S.



aux crédits de l'année précédente (1).

## B - Accroissement adapté aux équipes selon leur valeur scientifique

### 1 - L'accroissement global des crédits octroyés par le C.N.R.S. profitera inégalement aux formations :

- Certaines, assez rares d'ailleurs, n'ont pas besoin de grands moyens, car la matière grise joue un rôle essentiel ; d'autres ont de gros besoins qui nécessitent l'octroi de ressources correspondantes ;

- L'accroissement des moyens dépendra de la valeur scientifique des formations qui est appréciée périodiquement par la section 34 lors des délibérations qui ont lieu à la session d'automne (renouvellement tous les quatre ans ; examen deux ans après la création ou le renouvellement) ;

- Quant aux équipes créées, la section 34 émettra un avis sur le niveau des moyens.

### 2 - Il est hors de question de calculer des taux d'accroissement équipe par équipe et une estimation globale est seule possible

La première démarche serait fastidieuse et totalement inutile : comment prévoir l'évolution des programmes et activités des 37 formations existant en 1981 ? Comment connaître les besoins des futures équipes qui seront créées ?

En revanche, une estimation globale d'accroissement permet de raisonner à long terme.

## C - Accroissement modulé selon les rubriques budgétaires

Au cours des dernières années, à l'intérieur de crédits réels en diminution, certaines rubriques ont atteint une cote d'alerte, dramatique pour quelques équipes.

### 1 - Crédits de mission à augmenter en valeur réelle

Le C.N.R.S. invoque certains abus ou gaspillages pour justifier la stagnation nominale (c'est-à-dire la diminution réelle) du volume global des crédits de mission. S'il y a eu des fautes, il faut les sanctionner, mais ne pas pénaliser les équipes honnêtes et actives (2).

#### a - Missions à l'étranger

L'avant-projet du C.N.R.S. de Septembre 1980 contient dans ses priorités le développement des recherches dans certaines aires culturelles.

Or peut-on étudier des pays étrangers sans y aller de temps à autre ? Imagine-t-on des recherches sérieuses dans des pays africains, au Moyen-Orient, etc... sans mission ? Enfin la participation à certains congrès internationaux

(1) Pour calculer les taux nominaux d'accroissement en gardant un taux réel de 15 %, il y a deux méthodes. Nous supposons le taux d'inflation égal à 15 % par an.

- La plus simple et la moins bonne considère le crédit 1981 comme une base pour toutes les années. Chaque année on calcule plus 30 % sur ce crédit 1981 et en quatre ans le taux nominal a augmenté de 120 %. Cette méthode n'est pas juste pour les équipes actuelles et ne tient pas compte de l'inflation qui pèsera sur les équipes créées.

- La seconde est meilleure, en appliquant plus 30 % au crédit obtenu l'année précédente. Supposons 100 F. de crédit. En 1982, le crédit est de 130 F. En 1983 le crédit est 130 F. + 30 % = 169 F. En 1984, le crédit est 169 F. + 30 % = 219 F. En 1985 le crédit est 219,7 F. + 30 % = 285,61 F. Par rapport au crédit 1981 cela représente + 185,61 F., mais 60 % correspondent à l'inflation.

(2) Cf. rapport du Comité de recherche du 8ème plan cit. p.56 : pour l'avenir, "il convient de mettre l'accent sur la nécessité de disposer de crédits pour des missions et stages. Le personnel scientifique, en particulier l'encadrement, doit être davantage encouragé (ce qui suppose des moyens suffisants) à effectuer des missions d'audit et d'évaluation à l'étranger".

est indispensable si on veut que la France ne soit pas absente de la communauté internationale.

**Les coûts ont beaucoup augmenté (voyage et séjour) alors que les crédits réels ont diminué. Le C.N.R.S. doit réviser sa position.**

#### **b - Missions en France**

Les missions sur le terrain existent en métropole :

- recherche sur des archives éparpillées, intransportables et non microfilmables (p.e. histoire du droit) ;
- enquête sur le terrain (science politique ; urbanisme et aménagement du territoire ; criminologie ; etc..).

Le C.N.R.S. interdit l'utilisation des crédits de mission à l'intérieur de la métropole, sauf pour les enquêtes sur le terrain : **il faut que le C.N.R.S. comprenne enfin que certaines recherches juridiques et politiques se font sur le terrain** (et pas seulement l'archéologie, l'ethnologie, la géographie..).

#### **2 - Crédits de vacation à augmenter en valeur réelle**

La stagnation nominale (c'est-à-dire la diminution réelle) de leur crédit global est due à deux arguments principaux :

- il faut éviter la reconstitution détournée de personnels hors statut ;
- la Direction Générale du C.N.R.S. (scientifique essentiellement) méconnaît les besoins réels de certaines sciences sociales : les vacations seraient trop nombreuses, le plus souvent inutiles.

Tout le monde est d'accord pour accepter le premier argument, mais il n'est pas suffisant.

Sur le deuxième argument, la méconnaissance des besoins est très regrettable. Certes, le précédent directeur scientifique du secteur des sciences sociales (M. Lisle) a réussi à empêcher en 1979 et 1980 une diminution brutale et catastrophique des crédits de vacation, mais cela a nécessité une amputation importante des crédits de fonctionnement (1).

**Le C.N.R.S. doit comprendre que les vacations sont vitales pour de très nombreuses équipes juridiques et politiques** : leur montant doit être substantiellement augmenté en valeur réelle dans l'intérêt de la recherche. Ces crédits de vacation sont notamment indispensables pour les enquêtes et sondages, pour les recherches de documentation, pour les traductions de travaux (2) etc...

#### **3 - Crédits de fonctionnement**

Une très bonne mesure, réclamée depuis longtemps, a été prise par M. Lisle. Le montant des coûts relatifs aux heures de calcul (qui faisait l'objet de longues négociations et de crédits hors secteurs dans plusieurs cas) est désormais intégré dans la subvention de fonctionnement.

---

(1) M. Lisle a dû, dès 1980, faire face à une situation catastrophique, car pour l'ensemble du secteur des sciences sociales, le budget des vacations était passé de 1 900 000 F. en 1979 à 1 300 000 F. en 1980 (moins 31 %) et 1 200 000 F. en 1981. C'était l'asphyxie pour de nombreuses équipes et M. Lisle a dû troquer 600 000 F. de crédit de fonctionnement pour obtenir 400 000 complémentaires de vacations (aux vacations payées aux intéressés, s'ajoutent les charges sociales). Ce troc a été accepté par la Direction Générale du C.N.R.S. Celle-ci est donc au courant de ce grave problème depuis 1980, mais s'obstine à penser qu'il y a trop de vacations dans les sciences sociales !

(2) Une grande partie de la recherche mondiale s'effectue hors de France (Cf Comité Recherche cit. p.56) : le problème des traductions est devenu très important.

Quant au montant des crédits de fonctionnement (1), leur accroissement en valeur réelle est nécessaire selon l'équation suivante : "relèvement des crédits + relèvement des crédits de mission + relèvement des crédits de fonctionnement = accroissement réel global de 10 % par an" (25 % avec un taux d'inflation de 15 %). Voir supra B.

### § 3. ACCROISSEMENT DU STOCK DES CHERCHEURS C.N.R.S. : 48 en 4 ans.

L'avant-projet du C.N.R.S. de Septembre 1980 indique un accroissement d'environ 3 % par an de l'effectif des chercheurs C.N.R.S. (2).

Nous ignorons les retombées de ce taux global pour les sciences juridiques et politiques, mais un taux de 3 % serait très insuffisant pour celles-ci car il représenterait (pour un effectif actuel de 99 chercheurs) 3 chercheurs de plus chaque année (12 pour quatre ans).

#### A - Insuffisance actuelle

1 - Une première raison, mais elle n'est pas décisive (comme nous le verrons plus loin) est le **nombre insuffisant des chercheurs dans de nombreuses équipes**. Selon les statistiques du C.N.R.S. (qui ne sont d'ailleurs pas totalement exactes), 29 des 34 formations relevant à titre principal de la section 34 ont en moyenne 1,3 chercheur C.N.R.S. Sur ces 29 formations, 12 n'ont **aucun** chercheur C.N.R.S. et 6 un seul chercheur C.N.R.S. (3).

2 - Cette raison est indicative mais n'est pas décisive, car **pour recruter de nouveaux chercheurs, il faut avant tout tenir compte de leur très haut niveau scientifique :**

- il est néfaste de recruter un candidat médiocre pour l'affecter à une équipe qui a besoin de chercheurs ;
- un chercheur excellent peut être recruté pour être affecté dans une équipe non prioritaire ou nouvelle ou ayant déjà plusieurs chercheurs ou encore dans une équipe universitaire non associée.

Certes l'idéal serait de concilier :

- les besoins réels des équipes : par exemple, une très bonne équipe qui perd un chercheur C.N.R.S. (démission, mise à la retraite, entrée dans le corps des professeurs ou des maîtres-assistants) devrait conserver son potentiel en se voyant affecter dans les deux années qui suivent un nouveau chercheur ;
- une très bonne équipe qui n'a pas assez de chercheurs devrait être favorisée pour l'affectation de nouveaux chercheurs ;

---

(1) Les crédits de fonctionnement ont de multiples finalités, d'ailleurs variables selon les formations : fonctionnement administratif, heures calcul, fonds scientifiques, achat de "terrain" à des instituts spécialisés d'enquêtes ; achat de petit matériel ; de tables traçantes, de matériel de saisie des données, de terminaux, de contrats d'entretien du matériel, etc...

(2) V. R.R.J. 1979-1980, V - 8, p.15.

(3) Le tableau statistique du C.N.R.S. contient quelques erreurs, mais les ordres de grandeur peuvent être retenus. Selon ce document, 89 chercheurs C.N.R.S. sont affectés à l'ensemble des 34 formations relevant à titre principal de la section 34, soit une moyenne de 2,6 chercheurs C.N.R.S. par formation. Mais cette moyenne n'est absolument pas indicative :

- Cinq grosses équipes (LA 120, CEVIPOF, Lancelot ; LA 99, CERI, Hermet ; LA 150, CRESM, Flory ; LP 831, IRJC, Lesage ; ERA 71, CERAT, D'Arcy) ont ensemble 50 chercheurs, nombre justifié en raison de leurs intenses activités ;
- En mettant à part ces cinq grosses équipes, la moyenne générale pour les 29 autres retombe à 1,3 chercheur par formation (89-50 chercheurs : 34-5 équipes = 39 : 29 = 1,3) ;
- En outre, sur ces 29 formations, 12 n'ont aucun chercheur C.N.R.S. et 6 un chercheur.

- la nécessité d'un très haut niveau scientifique pour les candidats recrutés : il est impossible de prévoir dans quelles disciplines se présenteront les meilleurs candidats en 1982, 1983, 1984, etc...

Une chose est certaine en tout cas : **le C.N.R.S. doit accroître le stock global actuel de ses chercheurs dans les sciences juridiques et politiques.**

#### B - Evaluation

La section 34 n'a pas délibéré pour évaluer le nombre global nécessaire. **En quatre ans serait nécessaire un accroissement du stock des chercheurs C.N.R.S. au moins égal à 48** (alors que le taux de 3 % envisagé par le C.N.R.S. correspond à 12 par an)

**Il est important que l'accroissement du stock des chercheurs soit accru régulièrement** : créer six emplois une année, 18 l'année suivante serait fâcheux

En outre, l'expérience a montré en 1980 et surtout en 1981 que les règles fixant les conditions d'âge pour le recrutement des chercheurs sont mauvaises et seront pires au cours des prochaines années (1). La réglementation doit être modifiée en portant l'âge maximal de recrutement à 30 ans avec dérogation annuelle possible de 50 %.

Par ailleurs, la pyramide des collègues A et B doit faire l'objet de mesures de rééquilibre le plus rapidement possible. La section 34 a en effet très peu d'équipes propres du C.N.R.S. dirigées par un chercheur C.N.R.S. de rang A, ayant la capacité juridique pour signer des contrats et organiser des programmes de recherche.

#### § 4. ACCROISSEMENT DU STOCK DES I.T.A.

L'avant-projet du C.N.R.S. de Septembre 1980 est muet sur la création d'emplois ITA, alors que c'est un problème aigu notamment pour les sciences juridiques et politiques.

#### A - Insuffisance notoire actuelle

Selon les statistiques du C.N.R.S. (qui ne sont d'ailleurs pas totalement exactes), 20 des 34 formations relevant à titre principal de la section 34

---

(1) En effet, dans des spécialités exigeant une formation longue (en raison, par exemple, de l'utilisation de langues rares ou de la nécessité d'une connaissance du terrain), une trop stricte limite d'âge peut rendre impossible un choix intelligent. Ainsi, lors de la session de printemps 1981, 57 candidatures à un emploi de chercheur, 10 seulement (1/6) venaient de candidats âgés de 27 ans ou moins. Ce chiffre montre à l'évidence les difficultés de la plupart des candidats à acquérir avant cet âge les qualifications scientifiques indispensables. Au nom de la section 34, son président a écrit le 11 mars 1981 au Directeur général pour demander la création de mécanismes de dérogation plus souples pour les recrutements dont la justification scientifique apparaîtrait incontestable. Dans sa réponse du 10 avril 1981, le Directeur général indique qu'il ne peut donner satisfaction à la section et il invoque deux arguments :

- il est préférable de prévoir le plus tôt possible la réorientation éventuelle d'un chercheur à un moment où d'autres voies peuvent encore s'ouvrir avec de riches perspectives ;
- il n'est pas en son pouvoir de modifier les textes en vigueur (en l'occurrence un décret), même s'il peut s'efforcer de les appliquer avec quelque compréhension.

n'ont aucun emploi d'ITA, ou un seul emploi d'ITA (1).

Certes toutes les formations n'ont pas besoin de création d'emploi (ou de réaffectation d'emploi venant d'autres sections éventuellement surencadrées), mais la situation de nombreuses formations est extrêmement mauvaise depuis des années et s'est aggravée en raison de l'absence de création depuis au moins sept ans (2). En outre ce serait la seule aide efficace pour certains périodiques.

Les sciences juridiques et politiques ont donc besoin d'emplois complémentaires d'ITA :

- quelques demi emplois pourraient être complétés (3) ;
- mais il faut surtout créer des emplois à plein temps.

## B - Evaluation

Il est très difficile d'évaluer avec précision le nombre des besoins des formations :

- les demandes de formation sont parfois gonflées ;
- la section 34 n'a pas éprouvé le besoin d'en délibérer depuis sept ans, puisqu'il n'y avait aucune création ;
- il n'est pas possible de prévoir les besoins des formations qui seront créées dans deux, trois ou quatre ans ;
- certains besoins sont prioritaires et immédiats, d'autres pourraient être satisfaits un peu plus tard.

**En quatre ans serait nécessaire la création (ou réaffectation) de 40 emplois complémentaires, soit 10 par an (4). Le nombre des ITA serait à peu près semblable à celui des chercheurs.**

Quant à la répartition des emplois qui seraient créés, elle doit être faite par la section 34 sur le vu des programmes scientifiques, des activités réelles et de la taille des formations. La section pourrait classer les formations en groupes par ordre de priorité décroissante.

Enfin il faudrait une réforme pour pouvoir recruter des ITA de **nationalité étrangère**, comme c'est le cas actuellement pour les chercheurs.

(1) Le tableau statistique du C.N.R.S. contient quelques erreurs, mais les ordres de grandeur peuvent être retenus. Selon ce document, 86 ITA C.N.R.S. sont affectés à l'ensemble des 34 formations relevant à titre principal de la section 34, soit une moyenne générale de 2,5 ITA par formation. Mais cette moyenne n'est absolument pas indicative :

- Trois grosses équipes (LP 831, IRJC, Lesage ; LA 150, CRESM, Flory ; LA 40, Institut Droit comparé, Pédamon) ont ensemble 44 ITA, nombre justifié en raison de leurs intenses activités ;
- en mettant à part ces trois grosses formations, la moyenne générale pour les 31 autres tombe à 1,4 ITA par formation (88-46 ITA : 34-3 formations = 42 : 31 = 1,35).
- en outre, sur ces 31 formations, 15 n'ont aucun ITA, 5 ont 1/2 ou 1 ITA.

(2) Un demi-poste d'ITA a été complété, mais un demi poste a disparu : bilan nul depuis sept ans.

(3) Sauf exceptions (femmes mariées exerçant une activité à mi-temps, par exemple dans l'ERA 145, Timbal), le demi-emploi n'est pas sain : l'ITA perçoit un traitement inférieur ou équivalent au SMIC, la formation a besoin d'ITA travaillant toute la journée.

(4) Ces chiffres résultent d'une analyse des activités de 37 formations : certaines n'ont pas de besoin prioritaire, d'autres sont terriblement sous encadrées. Il serait trop long de donner le détail des calculs (certainement imparfaits).

D'autres problèmes matériels importants auraient dû être abordés et feront l'objet d'études ultérieures :

- les publications (études en cours de Mme Sanson et M. Oppetit) ;
- les locaux (1) ;
- les colloques nationaux et internationaux.

\*  
\*   \*   \*

Ce texte est un document de travail qui tient compte des travaux de la section 34 depuis 1975 et d'autres sources d'information.

Il peut être amélioré et la section en délibèrera à la session de décembre 1981.

---

(1) De très nombreux chercheurs (professeurs, maîtres-assistants, chercheurs du C.N.R.S.) doivent travailler chez eux et se réunir au domicile de l'un d'eux. L'insuffisance des locaux est un obstacle aux réunions collectives et au travail. L'expérience a démontré que le rendement des chercheurs et ITA était multiplié par deux dès qu'ils avaient des locaux décents. Au niveau plus élevé, l'absence de locaux interdit la création de GIS (comme en droit comparé pour la région parisienne).

Une politique immobilière à long terme doit être étudiée par le C.N.R.S. qui estime lui-même qu'il faudrait trouver 10 000 mètres carrés à Paris et 15 000 en province.

## TABLE DES MATIERES

AVANT-PROPOS .....	250
INTRODUCTION .....	251
§ 1 - <b>Caractère du sous-schéma de section : utile, indicatif</b> .....	251
A - Utile .....	252
1 - Eclairée, la direction du C.N.R.S. pourra mieux élaborer son schéma officiel .....	252
2 - Informée, la communauté scientifique connaîtra les données de la recherche .....	252
3 - Au niveau national les autorités doivent être informées .....	252
B - Indicatif .....	252
1 - Sous-schéma ne concernant que les recherches aidées par le CNRS .....	252
2 - Présent document n'entrant pas dans les détails .....	252
3 - Section 34 pouvant rectifier le document qui restera évolutif .....	252
§ 2 - <b>Caractère du futur schéma officiel : il doit être concret et fiable.</b> .....	252
A - Concret .....	252
1 - Des idées précises, accessibles à tous sont nécessaires .....	252
2 - Les retombées budgétaires doivent être précisées sur 4 ans au moins .....	253
3 - Les règles du jeu doivent être claires et stables .....	253
B - Fiable .....	253
1 - Les statistiques et documents quantitatifs du CNRS ne sont pas valables .....	253
2 - L'évaluation qualitative des activités des équipes et chercheurs n'est souvent pas conforme à la réalité .....	253
§ 3 - <b>Nature des sciences juridiques et politiques : sciences d'observation et sciences théoriques</b> .....	254
A - Science d'observation .....	254
B - Mais aussi science théorique .....	254
§ 4 - <b>Buts des sciences juridiques et politiques : sciences utiles et sciences désintéressées</b> .....	254
A - Aspects utiles de certaines recherches .....	254
1 - Finalités normatives .....	254
2 - Rôle fécond des contrats publics (ministériels ou régionaux) et priv. .....	254
B - Place fondamentale à réserver aux recherches indépendantes .....	255
1 - Certains domaines échappent au caractère normatif .....	255
2 - Eventuels dangers des financements contractuels .....	255
3 - Sauvegarde essentielle des recherches fondamentales et indépend. .....	256
PREMIERE PARTIE : CIRCULATION ACCRUE DES INFORMATIONS....	256
§ 1 - <b>Meilleures informations sur les organismes publics non universitaires</b> .....	256
A - Intérêts scientifiques .....	256
1 - Volume énorme des études et recherches hors CNRS - Université .....	256
2 - Pratiques administratives variées, anarchiques, parfois confidentiel. .....	256
3 - Communauté scientifique mal informée dans l'ensemble, sauf en science politique .....	256
4 - Informations utiles pour l'action .....	257
B - Rôles que doit remplir le C.N.R.S. .....	257
1 - Information : stockage bien fait, recensement thématique, diffusion régulière .....	257
2 - Intervention du C.N.R.S. pour que juristes et politologues soient associés .....	258
§ 2 - <b>Répertoire national nécessaire de l'état des recherches</b> .....	258
A - Répertoire scientifique complet par dominantes .....	258
1 - Intérêts .....	258
2 - Conditions .....	258

B - Recensement des activités scientifiques aidées par le C.N.R.S. ....	259
1 - Informations sommaires de la section 34 .....	259
2 - Annuaire des Sciences humaines difficile à utiliser .....	259
3 - Courrier du C.N.R.S., lettre du C.N.R.S., Bulletin "MSH-Infomations" insuffisants .....	259
4 - Nécessité d'un document synthétique et annuel. Guide pratique et recensement .....	259
C - Recensement des recherches universitaires non aidées par le CNRS. ....	260
1 - Les insuffisances du répertoire des centres et programmes univers. ....	260
2 - Liste détaillée de la mission de la recherche . ....	260
3 - Enquête éventuelle .....	260
D - Etat des activités des sociétés savantes .....	260
E - Recensement des contrats des administrations centrales et des organismes régionaux .....	261
F - Répertoire national final .....	261
§ 3 - <b>Diffusion des informations vers la base</b> .....	261
A - Mobilisation des universitaires .....	261
B - Création de techniques de diffusion rapide .....	261

## DEUXIEME PARTIE : STRUCTURATION LOURDE DES RECHERCHES

JURIDIQUES ET POLITIQUES .....	262
§ 1 - <b>GRECO et GIS : Structuration de formations déjà existantes</b> .....	262
A - Dans certains secteurs, utilité certaine des GRECO et GIS .....	262
1 - Intérêts scientifiques et matériels .....	262
2 - Faible place au sein des sciences juridiques et politiques.....	262
3 - Malheureusement, règles du jeu concernant leur création peu claires .....	264
B - Dans d'autres secteurs, inutilité de créer des GRECO et GIS.....	264
1 - Inadaptation à certaines disciplines .....	264
2 - En science politique, rôle autrefois joué par la FNSP et l'AFSP..	264
3 - Les difficultés de la pluridisciplinarité .....	264
4 - Caractère parfois artificiel des GRECO .....	265
C - Graves dangers éventuels d'une politique systématiquement favorable aux GRECO-GIS .....	266
1 - Danger intellectuel pour la créativité scientifique .....	266
2 - Affaiblissement du rôle des petites et moyennes formations.....	266
3 - Risque d'aggraver l'érosion budgétaire des formations non fédérées	266
§ 2 - <b>Moyens lourds pour les sciences juridiques et politiques</b> .....	267
A - Droit à la différence : spécificité des sciences sociales .....	267
B - Utilité certaine des moyens lourds .....	267
1 - Grands fonds scientifiques spécialisés .....	267
2 - Centres documentaires, banques de données documentaires et factuelles .....	268
3 - Gros équipement informatique .....	269
C - Les limites des équipements lourds .....	270
1 - Inutilité dans certaines disciplines .....	270
2 - Coûts exagérés de certains moyens lourds au sein du budget CNRS	270
3 - Coûts très élevés payés par les utilisateurs.....	270
4 - Décentralisation nécessaire des banques de données.....	271

## TROISIEME PARTIE : AXES SCIENTIFIQUES PRIORITAIRES JURIDIQUES ET POLITIQUES .....

271	
§ 1 - <b>Critiques de l'avant-projet du C.N.R.S.</b> .....	271
A - Critique des axes prioritaires du C.N.R.S. ....	271
1 - Caractère trop vague et abstrait .....	272
2 - Inadaptation à d'excellentes recherches actuelles prioritaires .....	272
B - Critiques des jugements sur les activités actuelles .....	272
1 - Choix d'un indicateur insuffisant (effectifs - axes prioritaires).....	272
2 - Evaporation curieuse de nombreux chercheurs et ITA .....	273



3 - Les faux points faibles des recherches actuelles .....	273
4 - Méconnaissance des recherches actuelles relevant de la section 34 .....	275
§ 2 - <b>Les véritables axes scientifiques prioritaires : consolidations- créations</b> .....	276
A - Caractère provisoire de la liste .....	276
B - La double priorité "consolidations-créations".....	276
C - Les clés de la présentation de la liste des priorités .....	276
1 - Regroupement des axes prioritaires en 17 dominantes classées.....	276
2 - Aucun classement des équipes à consolider et des lacunes à combler .....	276
3 - Notion de consolidation .....	276
4 - Notion de création et appels d'offres .....	277
5 - Résumés succincts pour les recherches .....	277
D - Liste des axes scientifiques prioritaires par dominantes.....	277
1 - Techniques modernes, informatique, télématique .....	277
2 - Théorie générale et philosophie du droit .....	279
3 - Sociologie juridique à dominante droit privé .....	279
4 - Droit étranger et comparé .....	280
5 - Droit de la famille .....	282
6 - Droit immobilier et rural .....	283
7 - Droit pénal et science criminelle .....	283
8 - Travail et emploi .....	284
9 - Droit économique et relations économiques internat. et communaut. ....	285
10 - Urbanisme, environnement, espace .....	288
11 - Droit international public, relations internat. et aires culturelles... ..	289
12 - Droit administratif et science administrative, finances .....	291
13 - Régimes et institutions politiques, idées politiques .....	292
14 - Pouvoir local .....	293
15 - Sociologie politique : attitude et comportements .....	294
16 - Histoire du Droit des Inst., des idées, des faits éco. et sociaux....	295
17 - Religions, institutions ecclésiastiques, droit canonique .....	298
QUATRIEME PARTIE : ACCROISSEMENT NECESSAIRE DES MOYENS BUDGETAIRES.....	300
§ 1 - <b>Accroissement du stock des formations : 5 par an (20 en 4 ans)</b> .....	301
A - Facteurs d'évaluation.....	301
B - Montant de l'évaluation .....	302
§ 2 - <b>Accroissement des crédits des formations : 60 % en valeur réelle en 4 ans sur 4 ans</b> .....	302
A - Accroissement réel et non nominal .....	302
1 - Tenir compte de l'inflation .....	302
2 - Tenir compte de l'accroissement du stock global des formations... ..	302
3 - Difficultés pour évaluer le taux nécessaire d'accroissement .....	303
4 - Evaluation : 60 % en valeur réelle sur 4 ans .....	303
B - Accroissement adapté aux équipes selon leur valeur scientifique.....	304
1 - Accroissement inégal des formations .....	304
2 - Estimation globale seule possible .....	304
C - Accroissement modulé selon les rubriques budgétaires .....	304
1 - Crédits de missions .....	304
2 - Crédits de vacations .....	305
3 - Crédits de fonctionnement .....	305
§ 3 - <b>Accroissement du stock des chercheurs</b> .....	306
A - Insuffisance actuelle .....	306
B - Evaluation .....	307
§ 4 - <b>Accroissement du stock des ITA</b> .....	307
A - Insuffisance notoire actuelle .....	307
B - Evaluation .....	308
(pour mémoire) <b>autres problèmes matériels : publications, locaux, colloques colloques</b> .....	309.

---

R.R.J. 1981  
Pages 313 à 365

---

LES PAGES DU CENTRE  
DE PHILOSOPHIE DU DROIT



## L'INFLUENCE DE L'ELEMENT ETRANGER DANS LA FORMATION DU DROIT

(Résumé de la Conférence du 26 janvier 1981)

par M. le Professeur J. MESTRE

---

### Introduction

- Refus de l'étranger par de nombreuses sociétés : constatation (absence de corrélation avec le degré de civilisation), causes (crainte, mépris). Négation de toute vie juridique.

- Mais aussi acceptation, voire accueil par d'autres. Accession à la vie juridique. D'où influence concevable de l'élément étranger dans la formation du droit.

- Influence au double visage :

. tantôt, le droit interne prend en compte le **fait étranger** : célébration du mariage dans un pays étranger, exécution du contrat sur un territoire étranger. Il admet la spécificité de ces hypothèses, et estime qu'elles ne peuvent être traitées comme des hypothèses purement nationales. D'où l'apparition d'un corps de règles particulières, qui traduisent cette **prise en compte du fait étranger** (I) ;

. tantôt, c'est le **droit étranger** lui-même qui sert de modèle pour améliorer le droit interne. Il n'y a plus alors une simple prise en compte de l'extranéité, il y a véritablement une **influence du droit étranger** sur le droit interne (II).

### I - LA PRISE EN COMPTE DU FAIT ETRANGER

#### A - L'ADMISSION DE CETTE PRISE EN COMPTE

Elle est liée à l'admission progressive de l'étranger sur le plan juridique.

1 - D'abord, admission sélective, réservée à certaines catégories d'étrangers (agents diplomatiques, marchands, immigrants, militaires, réfugiés, pèlerins), pour des finalités très diverses (politiques, commerciales, humanitaires, spirituelles).

2 - Ensuite, généralisation progressive de cette admission juridique : cf. aujourd'hui, en France, l'étranger, quelle que soit sa qualité, jouit en principe de tous les droits qui ne lui sont pas expressément refusés.

#### B - L'EXPRESSION DE CETTE PRISE EN COMPTE

Pour appréhender les relations présentant des éléments d'extranéité,

deux solutions concevables :

1 - Un corps de règles spécifiques aux relations internationales : **jus gentium** autrefois, **lex mercatoria** aujourd'hui. Avantages : souplesse, dépassement des nationalismes juridiques (un Etat, un contractant, un plaideur n'ont pas le sentiment de s'incliner devant un autre).

2 - Un corps de règles ayant pour vocation de déterminer le droit national applicable à la relation internationale : règles de conflit de lois. Sources essentiellement internes, mais accueil du droit étranger ; possibilité de lui donner compétence dans des relations où des Français sont impliqués, même de façon exclusive (ex. mariage de deux Français à l'étranger : forme locale). Limites cependant dans cette ouverture vers le droit étranger : ordre public, attitudes nationalistes du législateur ou du juge.

## II - L'INFLUENCE DU DROIT ETRANGER

### A - L'INFLUENCE VOULUE

#### 1 - Appel à la législation étrangère

- Phénomène en plein développement (réformes législatives récentes : droit de la famille, clause de réserve de propriété).
- Phénomène souhaitable : universalité des problèmes sociaux.
- Mais trois suggestions :

. Le droit comparé doit donner la main à l'histoire du droit, trop souvent négligée (permanence des problèmes sociaux).

. Le droit comparé doit être étudié avec une exceptionnelle rigueur : difficultés de bien connaître la règle étrangère, nécessité de toujours la replacer dans son cadre général.

. Le droit comparé doit être exhaustif, et non sélectif ; il ne doit pas servir d'alibi. Il ne faut pas le consulter une fois la réforme arrêtée, uniquement pour la faire mieux passer, notamment dans l'opinion publique.

#### 2 - Appel au législateur étranger

- Phénomène **a priori** exceptionnel : quand un peuple décide de déléguer à un homme le soin de légiférer, en principe, il choisit l'un des siens.
- Phénomène néanmoins permanent dans l'histoire, depuis Joseph l'Hébreu jusqu'à Jossierand en passant par Rousseau (cf. l'article du doyen Carbonnier dans *Essais sur les lois*). Causes très diverses, et toutes sympathiques ; on s'en remet à l'étranger mystérieux (Joseph) parce qu'on est lassé du quotidien, à l'étranger impartial (Rousseau) parce qu'on redoute ses propres emportements, à l'étranger compétent (Jossierand), parce qu'on doute de ses propres capacités.

### B - L'INFLUENCE SUBIE

Comme l'a montré le doyen Rodière (article dans les *Mélanges Marty*), attitudes très différentes, dans l'histoire, en cas de conquête militaire :

1 - Soit respect du droit du vaincu par le vainqueur, qui ne lui impose pas le sien (attitude initiale des Germains, musulmans, Néerlandais en Indonésie), voire adoption de ce droit par le vainqueur (rarissime : cf. l'infléchissement par les Barbares du Vème siècle de leurs coutumes).

2 - Soit, au contraire, modification du droit du vaincu par le vainqueur, en partie (cf. la pénétration du droit français dans les colonies) ou en totalité. Influence, en tout cas, de la méthode juridique du vainqueur (cf. influence française ou anglaise).

**KELSEN ET LE DROIT INTERNATIONAL PUBLIC**

(Conférence du 9 février 1981)

par le M. le Professeur G. FOUILLOUX

Monsieur le Professeur, mes Chers amis,  
Mesdames, Mesdemoiselles, Messieurs,

Si vous demandez à Monsieur Atias, Directeur du Centre de Philosophie du Droit de la Faculté, pourquoi, ce soir, la conférence "Kelsen et le Droit International" est inscrite à son programme, il vous dira : "c'est parce que Monsieur Fouilloux me l'a demandé". Effectivement, je lui ai présenté cette demande dès que le Centre de Philosophie du Droit a été créé par le Conseil des Enseignants.

Pourquoi l'ai-je fait ?

Non pas parce que 1981, c'est le centième anniversaire de la naissance de Hans Kelsen. A l'époque, je n'y songeais pas. Nous étions d'ailleurs en 1980, mais parce que je suis agacé par une certaine attitude intellectuelle. Cette attitude consiste à négliger aujourd'hui de se poser la question fondamentale de savoir pourquoi le droit est obligatoire et, plus spécialement, pourquoi le droit international, qui peut finalement commander tous les droits, est obligatoire ?

Cette négligence est devenue une mode. Dans le passé, elle ne convenait qu'aux journalistes et aux chansonniers. Dans le présent et depuis un certain temps, elle est le fait de collègues et d'auteurs de manuels cependant, par ailleurs, très bien informés. Faute de se poser cette question, il n'y a plus de droit international. Il reste ce que l'on appelle "les relations internationales" qui n'apparaissent aujourd'hui qu'à travers ce que Kelsen appelait : un tumulte sauvage. Cette mode est regrettable. Depuis une vingtaine d'années elle a permis aux représentants des Etats nouveaux de penser qu'il n'y avait pas de différence entre l'ordre juridique international et un bazar oriental. Il est donc important de savoir pourquoi la règle de droit est obligatoire si l'on veut que, dans la société des Etats, quelques règles, celles au moins qui sont les plus indispensables, soient obéies. A mon sens le droit international public est le laboratoire du droit bien plus qu'une auberge espagnole. Il ne faut pas le mettre entre toutes les mains et n'y pénétrer que nanti d'une solide technique juridique. La grande leçon de Kelsen c'est précisément de donner une technique et des éléments de réflexion cohérents et réconfortants.

Pour comprendre l'apport de Kelsen il est nécessaire, bien entendu, que je vous dise quelle a été la vie et l'oeuvre de Kelsen et que je le situe dans ce qu'il est convenu d'appeler les écoles de la Philosophie du Droit.

**I - LA VIE ET L'OEUVRE DE HANS KELSEN**

Hans Kelsen est né à Prague, dans l'Empire Austro-Hongrois, en 1881. Docteur en Droit en 1906, il a enseigné tout d'abord à l'Université de Vienne en 1911. Et c'est en 1911 qu'il publie son premier ouvrage sur "Les principaux problèmes de la doctrine du droit public à la lumière de la norme fondamentale". Professeur à Vienne jusqu'en 1929, il quittera cette ville pour enseigner à Cologne, de 1929 à 1933.

Il quitte Cologne au moment où le National Socialisme s'empare du pouvoir et peu après l'incendie du Reichstag.

Il est de 1933 à 1940 Professeur à l'Institut Universitaire des Hautes Etudes de Genève et pendant ce séjour, il publie la première édition de "La théorie pure du Droit", en langue allemande, qui fera l'objet d'une traduction en 1953 par un de ses collègues suisses, Thevenaz.

De 1940 à 1942, Kelsen est aux Etats-Unis à la Harvard Law School.

Puis de 1942 à 1952, il est professeur à l'Université Berkeley, en Californie. Et c'est là que, paisiblement, il finira ses jours à l'âge de 92 ans, le 22 avril 1973, après avoir publié en 1960 la deuxième édition de la Théorie pure du Droit.

En 1962 a été publiée en France cette deuxième édition de "La Théorie pure du Droit". Elle a fait l'objet d'une traduction de Charles Eisenmann. Elle est éditée par la Maison Dalloz et c'est à cette édition que je vais me référer en vous donnant, au passage, des renvois aux pages de façon que par la suite, si l'envie vous en prend, vous puissiez retrouver la pensée de Kelsen.

La théorie pure du droit, et ce sont les premières lignes de l'ouvrage, est une théorie du Droit positif. Kelsen entend établir ce qu'est le Droit. Non pas comment le droit doit être établi, ni comment il doit être fait ; il établit ce qu'est le droit, comment il est. C'est une science du droit, ce n'est pas une politique juridique.

Cette théorie du Droit positif est une théorie pure. Kelsen écrit : "son principe méthodologique fondamental est de débarrasser la science du droit de tous les éléments qui lui sont étrangers". Il prend donc une position diamétralement opposée aux philosophes et aux juristes de la tradition, spécialement ceux du XIXème et du XXème siècle. Il exclut de la science du droit les éléments psychologiques, sociaux, éthiques ou politiques.

A ce titre, où le situer dans les écoles de la philosophie du Droit ?

## 2 - PLACE DANS LES ECOLES DE PHILOSOPHIE DU DROIT

Vous savez que ces écoles entendent répondre à cette question fondamentale : d'où vient la force obligatoire du droit ? Ces écoles se présentent schématiquement de la manière suivante et c'est un raccourci de la pensée qui mériterait beaucoup de nuances.

### - Théories objectivistes :

Il y a ce que l'on peut appeler les théories objectivistes auxquelles participent les écoles qui fondent le droit et son caractère obligatoire sur des règles préexistantes et indépendantes de toute autorité politique. Ces règles peuvent être empruntées au droit naturel. Elles peuvent résulter également de la nature humaine. Elles peuvent résulter enfin des nécessités de la vie sociale.

### - Théories subjectivistes :

A l'opposé, les théories subjectivistes et spécialement les théories volontaristes considèrent que le droit est posé par un acte de volonté. Et le positivisme juridique se borne à constater l'existence de règles de droit. Le positivisme juridique a évolué, en quittant le plan de la constatation du droit, pour étudier celui de son contenu. On débouche ainsi sur les **théories**

**volontaristes** où la volonté de l'autorité définit en dehors de tout principe objectif les règles de droit existantes et, en même temps, leur contenu.

Kelsen écrit : "la théorie pure du droit est une théorie du droit positif". Par conséquent, on est prêt à le rattacher au positivisme. Mais, en même temps, le fondement de validité de la règle de droit repose sur un principe, un principe de logique pure. Par conséquent, on peut dire qu'en ce qui concerne l'existence du droit tel qu'il est, Kelsen est un positiviste formaliste dont la doctrine repose sur un principe de logique transcendentale, inspirée de la philosophie kantienne, qui détermine le fondement de la validité, le caractère obligatoire, des règles de droit : des normes. La connaissance de l'ordre juridique relève du positivisme. Sa validité est objective. Je crois qu'il faut en conclure que la théorie pure du droit est une technique d'appréhension et de compréhension du droit. Et cette technique privilégie le droit international public. En effet, si tout ordre juridique est un ordre de contrainte posé par des actes humains, il y a une profonde **unité** entre tous les ordres juridiques et spécialement entre l'ordre juridique étatique ou interne et l'ordre juridique international. Et si une telle unité existe, il en résulte inéluctablement que la théorie pure du droit est destinée à assurer la **primauté du droit international** sur le droit interne.

Unité du droit, primauté du droit international sur le droit interne, ce sont ces deux affirmations que je voudrais maintenant exposer successivement.

## I - L'UNITE DU DROIT INTERNATIONAL ET DU DROIT INTERNE

En premier lieu, la théorie pure du droit assure l'unité des droits, international et interne. Dans l'oeuvre de Kelsen, cette unité est fondamentale. Elle résulte de l'unicité de la technique. Elle résulte également de l'identité de l'essence des deux droits, international et interne.

### A - L'UNITE DANS LA TECHNIQUE

La technique que contient la théorie pure du droit c'est une technique générale. Dès la première page de son ouvrage, Kelsen écrit : "la théorie pure du droit est une théorie du droit positif... ; elle n'est pas la théorie d'un ordre juridique déterminé ; elle n'a pas pour objet l'interprétation de tel ou tel ensemble de normes juridiques nationales ou internationales". Cette théorie a donné naissance à ce que l'on appelle l'**école normativiste**. Cette école normativiste, dont le chef est Kelsen qui a été suivi par de nombreux juristes considérés, et c'est une affirmation de base si je puis dire, que tout ordre juridique est un ensemble de normes hiérarchisées.

#### *a - Tout ordre juridique est un ensemble de normes :*

La norme, dit Kelsen, règle la conduite d'êtres humains en conférant à certains faits le caractère d'actes contraires ou conformes au droit. L'ordre juridique est donc un ordre normatif et la norme ordonne et habilite. C'est en ce sens que, dans la terminologie de l'école kelsenienne, la norme est un **devoir être** : c'est un **sollen**. C'est un ordre de contrainte. Il faut distinguer cette norme, ce devoir être, qu'est le **sollen** de ce que Kelsen appelle le **sein**. Le sein c'est ce qui est. Il y a donc entre le **sollen** et le **sein** le dualisme du normatif et de l'indicatif. Concrètement, la porte est fermée, c'est un **sein**. La porte doit être fermée, c'est un **sollen**. Et la norme c'est un devoir être, c'est donc le **sollen**.



Bien entendu, il y a des interactions entre **sollen** et **sein**. La première raison, c'est que toute norme, tout impératif juridique tend à provoquer des actes humains. Le **sollen** commande le **sein**, de même que le feu rouge commande l'arrêt de l'automobiliste. A l'inverse, il y a une relation entre le **sein** et le **sollen**. Réfléchissez par exemple, à l'hypothèse de la coutume. Les faits générateurs de la norme sont initialement des comportements. Par conséquent, c'est le **sein** qui va finalement donner naissance à un **sollen**. Dans l'ordre juridique, les normes sont donc en interaction permanente. Elles déterminent mutuellement leur contenu. Il y a des normes de procédures qui sont les normes d'application, un peu comme il y a des lois et des règlements d'administration publique, comme il y a une constitution et des lois organiques. Cette interaction dégage un rapport "infériorité-subordination".

*b - Ainsi, les normes en interaction permanente forment un ensemble juridique hiérarchisé, ce qui revient à dire que l'ordre juridique est un ensemble de normes hiérarchisées.*

A la page 299 de l'édition que je vous ai indiquée, Kelsen s'exprime de la manière suivante :

"L'ordre juridique n'est pas un système de normes juridiques placées toutes au même rang mais un édifice à plusieurs étages superposés, une pyramide ou hiérarchie formée d'un certain nombre d'étages ou couches de normes successives".

L'ordre juridique normatif de Kelsen est un **ordre pyramidal**. Dans l'ordre interne, par exemple, il y a la constitution, la loi, le règlement... jusqu'à la mesure d'application individuelle. Il y a ainsi, par couches successives, des normes qui disent à l'individu ce qui doit être. Il y a une concrétisation du droit par degrés. Dans l'ordre international, la norme est posée par des actes humains émanant des organes constitutionnellement qualifiés des Etats. Il y a également une pyramide de normes : la coutume, le droit conventionnel et à partir du droit conventionnel, imaginez tout simplement la charte des Nations-Unies, des organismes qui prennent des décisions, qui vont créer le P.N.U.D., la F.A.O., qui va finalement apporter la boîte de lait aux enfants sous-alimentés. Et vous voyez que cette concrétisation du droit par degrés existe dans tout ordre normatif en vertu de la subordination des normes les unes par rapport aux autres.

Au sommet de la pyramide, il y a la **norme fondamentale**. Cette norme fondamentale c'est la pièce maîtresse du système kelsenien. Elle est le fondement de l'ordre juridique en tant qu'ordre de contrainte et, en même temps, le critère de validité de toutes les normes qui constituent la pyramide. En quoi consiste cette norme fondamentale dont dépend le caractère obligatoire de toutes les normes ? Kelsen répond : "c'est une hypothèse de logique transcendantale (265), une norme supposée, une norme pensée". On l'appelle quelquefois par référence à l'ordre interne : la constitution hypothétique. A la page 265, sur cette norme fondamentale, Kelsen s'exprime de la manière suivante :

"il faut de toute nécessité que cette hypothèse soit une norme puisque seule une norme peut être le fondement de validité d'une autre norme. Mais elle ne sera pas une norme posée par un acte humain, elle sera une norme supposée".

La norme fondamentale dont tout le système dépend, c'est donc une hypothèse et une hypothèse indispensable puisque le fondement de la validité d'une norme réside dans le fondement de la norme qui lui est immédiatement supérieure (263). La norme fondamentale dans l'ordre juridique assure l'unité de l'ordre juridique dans sa pluralité. La norme fondamentale en même

temps se subordonne toutes les autres normes puisqu'en dernière analyse, en partant de la mesure d'application individuelle c'est à la norme fondamentale que l'on va arriver. Il faut en déduire : il n'y a pas d'ordre juridique sans norme fondamentale ; il n'y a pas de norme fondamentale sans ordre juridique..

Dans la mesure où les ordres juridiques interne et international s'interpénètrent, finalement, à l'occasion d'une pyramide de la totalité du droit, la norme fondamentale qui subordonnera tout le droit sera la norme fondamentale du droit international. Les constitutions l'expriment en marquant la hiérarchie des normes entre elles et, par exemple, l'article 55 de la Constitution de 1958 : "les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont dès leur publication une autorité supérieure à celle des lois sous réserve pour chaque accord ou traité de son application par l'autre partie". Finalement, la norme fondamentale du droit international expliquera le caractère obligatoire non seulement du droit international mais de toutes les normes de droit de l'ordre juridique étatique.

Comment choisir cette norme ? Kelsen dit que cette norme doit exister. Mais son contenu est indifférent Ce qui signifie que la norme fondamentale peut avoir dans le for intérieur de chacun n'importe quel fondement. Il suffit que cette norme soit logique, qu'elle soit nécessaire pour que l'on puisse expliquer la validité et la conformité des autres normes qui constituent l'ordre juridique.

Est-ce que la norme fondamentale du droit international peut fonder la validité des ordres juridiques internes ? C'est une question essentielle et Kelsen répond par l'affirmative en disant que les deux ordres juridiques sont de la même essence."Il n'existe, écrit-il, qu'une unité scientifique de la totalité du droit". En tant qu'ordres de contrainte des êtres humains le droit interne et le droit international sont d'une même essence.

## B - L'UNITE DANS L'ESSENCE DU DROIT INTERNATIONAL ET DU DROIT INTERNE

A l'égard de ces deux ordres juridiques, le droit, dit Kelsen, est un ordre de contrainte de la conduite humaine.

### *b - Le droit ordre de contrainte :*

Le droit réagit par des actes de contrainte à des faits de comportements humains considérés comme socialement nuisibles. La sanction de ces comportements humains ? C'est le problème que pose Kelsen à l'occasion d'actes contraires au droit.

Quant à ces sanctions, n'y a-t-il pas une différence entre l'ordre interne et l'ordre international ? N'y a-t-il pas des cas dans lesquels l'impératif juridique, le *sollen* n'est pas obéi ? La théorie pure du droit répond que dans les deux ordres existent des sanctions immanentes et socialement organisées. A la question décisive de savoir si le droit international établit des sanctions, Kelsen répond : "oui , les plus élémentaires ; ce sont les représailles et la guerre" (421). Les représailles, vous savez qu'il s'agit d'actes contraires au droit, admis par l'ordre juridique international pour faire cesser un autre acte contraire au droit. En ce qui concerne la guerre, Kelsen se rallie à la conception de la guerre juste, la guerre que l'Etat est amené à faire pour assurer sa propre défense.

Dans les deux ordres juridiques, les sanctions ont les mêmes effets. Elles entraînent : retrait de la vie, privation de la liberté ou privation de la propriété (423). "Si l'on considère leur contenu, écrit Kelsen, ces sanctions

du droit international ne se distinguent en rien de celles du droit étatique" (page 423). Mais ces sanctions dans l'ordre international ne sont pas comme dans l'ordre interne dirigées contre l'individu, elles sont dirigées contre l'Etat. Est-ce que le droit international comme le droit interne est bien un ordre de contrainte de la conduite humaine ?

*b - Le droit : ordre de contrainte de la conduite humaine ?*

Sur ce point du droit, ordre de contrainte de la conduite humaine, la théorie pure du droit explique que dans la doctrine traditionnelle, on effectue l'identification de la notion de sujet de droit avec la personne humaine physique. Et à cette personne humaine physique, titulaire de droits et d'obligations, sont assimilées d'autres entités : associations, sociétés, collectivités locales, Etat. Ce sont des personnes morales du droit privé aussi bien que du droit public. Et ces personnes morales, au titre d'une fiction commode et d'une construction purement artificielle, sont titulaires de droits et d'obligations. Le droit international par ses normes oblige et habilite les Etats ; il n'habilite que des personnes morales. Le droit international, sauf exceptions, effectue donc la médiatisation de l'individu comme destinataire en dernier lieu de la règle du droit international. Malgré cela, il n'y a pas de différence entre les deux ordres juridiques parce que, dit Kelsen, le concept de personne juridique est une construction de la science du droit, et vous trouverez cette affirmation à la page 251 : "la personne juridique n'est pas le produit du droit mais de la science du droit attachée à décrire le droit". La personne juridique, la personnalité juridique c'est une technique de la science du droit. Par la technique de cette personnalité juridique, le droit interne aussi bien que le droit international s'adressent à des personnes autres que des êtres humains. Et, par conséquent, les normes du droit international public fixent ce qui doit être fait. Elles n'ont pas pour objet de dire qui doit exécuter ce qui doit être fait. Elles laissent ce souci à la compétence de l'ordre interne (page 428). Le droit international public et le droit interne sont des ordres normatifs qui doivent régler la conduite humaine. Il est donc, à partir de là, possible de comprendre que l'ensemble du droit international et des ordres étatiques forme un système unitaire, de même dit Kelsen que l'on considère chaque ordre étatique comme une unité (430). La technique assure l'unité des droits qui ne varient pas dans leur essence. Mais cette unité, dit Kelsen dans la préface à la première et, également dans la préface à la deuxième édition, n'est pas encore définitivement établie. En attendant qu'elle soit définitivement acquise, elle assure la primauté du droit international sur le droit étatique.

## II - LA THEORIE PURE DU DROIT ET LA PRIMAUTE DU DROIT INTERNATIONAL SUR LE DROIT ETATIQUE

Cette primauté résulte de l'analyse kelsenienne des rapports entre les deux ordres de droits. Elle résulte également de l'évolution actuelle du droit que, pour la plus grande part, Kelsen avait prévue.

### A-LA PRIMAUTE DU DROIT INTERNATIONAL PUBLIC DANS LES RAPPORTS DES DEUX SYSTEMES DE DROIT

Traditionnellement, ces rapports sont envisagés selon deux hypothèses, dont vous avez entendu parler et sur lesquelles je passerai donc rapidement. Il s'agit de l'hypothèse dualiste, d'une part, et, d'autre part, de l'hypothèse moniste.

a - Pour la théorie dualiste, qui rallie tous les volontaristes du droit international, droit international et droit interne sont des ordres juridiques indépendants et, comme disait mon maître, quelquefois tangents, mais jamais sécants. Deux ordres juridiques tout au plus tangents mais qui ne se pénètrent jamais. Ils sont isolés en même temps qu'indépendants.

Comme la plupart des théories volontaristes, cette théorie dualiste, est une théorie de l'auto-contradiction dont Kelsen n'a fait qu'un jeu. Cette doctrine est effectivement insoutenable. D'abord, il ne peut pas y avoir dualisme. S'il y a indépendance de l'ordre international et des ordres juridiques internes, à tout le moins, il y aura pluralisme. Chaque ordre juridique décidant de se comporter vis-à-vis de l'ordre juridique international comme il le décidera. Or, si l'on admet cette théorie dualiste, dit Kelsen, on admet du même coup, parce que c'est l'hypothèse du raisonnement, qu'il y a deux ordres juridiques qui sont valables simultanément. Par conséquent, dans le même moment, une norme décidera que doit être fait ce qu'une autre norme interdira. Dans cette hypothèse, il n'y a que deux solutions possibles. S'il n'y a pas de conflits, il n'y a ni dualisme ni pluralisme. Une seule norme sera valable à un seul moment dans le temps. Là où la situation est intéressante, c'est lorsqu'il y a des conflits. Et Kelsen dit à ce propos : "le point primordial et décisif, c'est de savoir s'il peut exister entre deux systèmes normatifs des conflits insolubles" (431 et suiv.). Si des conflits insolubles peuvent exister, quel est l'ordre juridique qui l'emportera ? L'ordre juridique étatique ? Il n'y a pas dualisme, puisque l'ordre international sera intégré à l'ordre juridique interne. L'ordre international ? Il n'y a pas dualisme non plus puisque l'ordre juridique interne se trouvera par le biais et l'effet de cette primauté intégré à l'ordre juridique international. Il ne peut pas y avoir de conflits. Tout au plus, peut-il y avoir des lois annulables au regard du droit international comme les lois inconstitutionnelles peuvent être en vigueur si la Constitution n'a pas prévu le moyen de pourvoir à leur annulation.

b - L'hypothèse moniste, dans tous les cas, est inéluctable. Et la seule question est de savoir quel est celui des deux ordres normatifs qui l'emportera ? Est-ce l'ordre juridique international qui sera subordonné à l'ordre juridique étatique ? Est-ce que c'est la norme fondamentale de l'ordre juridique étatique qui sera la norme supérieure qui déterminera le fondement et la validité de l'ordre juridique inférieur, l'ordre international ?

Si l'on admet cette solution, c'est la négation du droit international puisque le droit interne incorpore et soumet à sa norme fondamentale les normes du droit international. Et si l'on veut être conséquent et logique avec soi-même, il ne reste que l'autre solution. C'est la subordination de l'ordre interne par l'ordre international. Les ordres juridiques étatiques sont des ordres juridiques partiels dont le fondement de la validité réside dans la norme fondamentale de l'ordre juridique international. Et Kelsen écrit : "L'ordre juridique interne c'est un ordre juridique délégué par l'ordre international".

Mais, à ce point du raisonnement, on peut faire une objection. Comment peut-on dire que, né à partir des ordres juridiques internes qui sont le fait premier historiquement, l'ordre juridique international puisse se subordonner ? Et Kelsen répond encore avec sa logique accablante : "il ne faut pas confondre la relation logique et la relation historique car si l'on fait cette confusion, il n'y aura même plus d'Etat". Effectivement, le fait historique premier ce n'est pas l'Etat, c'est la famille. Et l'agglomération des familles et leurs organisations politiques donnent naissance à l'Etat. De même que dans l'Etat fédéral, la norme fondamentale c'est la constitution, bien que

le phénomène premier ce soit les Etats fédérés. Et dans l'ordre international, même si le phénomène premier c'est l'ordre étatique, cela n'empêche pas que l'ordre international puisse être l'ordre supérieur. La relation de logique normative est indépendante de la relation historique.

Et finalement, la ligne frontière qui sépare l'ordre juridique normatif de l'Etat, de l'ordre juridique normatif international, tend, et Kelsen souligne le mot, "à s'estomper pour un jour pouvoir s'effacer". Et, c'est bien en ce sens que le droit international d'aujourd'hui évolue.

## B - LA PRIMAUTE DU DROIT INTERNATIONAL PUBLIC DANS L'EVOLUTION DU DROIT

Je vais saisir cette évolution du droit à deux niveaux, non pas par souci de dualisme mais pour montrer que dans deux hypothèses différentes on arrive avec la même logique exactement au même résultat : évolution au niveau du droit interne puis évolution au niveau du droit international.

### a - Au niveau du droit interne :

De plus en plus, et c'est un fait que l'on peut constater facilement, l'ordre juridique interne tend à devenir un ordre juridique subordonné à l'ordre international même si cet ordre juridique international n'est pour l'instant que régional. La souveraineté de l'Etat est très sérieusement limitée et cette limitation rend possible, écrit Kelsen, une organisation juridique mondiale. Il faut bien comprendre ce que veut dire Kelsen. La limitation de la souveraineté, c'est-à-dire en fin de compte son exclusion, parce que le propre de la souveraineté c'est d'être ou de ne pas être, l'exclusion donc de la souveraineté par la primauté du droit international aboutit à la reconnaissance d'une autorité supérieure, et finalement, de la norme fondamentale. Il faut la distinguer de la limitation de la souveraineté par le droit international général car c'est la liberté d'action de l'Etat qui est posée en principe et non pas sa subordination à une autorité juridique supérieure. Et c'est en ce sens que l'exemple actuel de la subordination des ordres juridiques internes à ce que l'on appelle des "communautés" est particulièrement enrichissant.

Je dois dire que ce mouvement communautaire se développe en même temps que se manifeste de plus en plus l'interdépendance des individus qui se rapprochent parce qu'ils sont informés et transportés... très rapidement. Ce mouvement communautaire est par ailleurs irréversible. Souvenez-vous des problèmes qu'ont posé en France les Traités de Rome de 1957. Souvenez-vous. On signe ces Traités au mois de mars 1957, à une époque où en France le Parlement était composé d'une Assemblée Nationale et d'un Conseil de la République. Et à l'automne, au Conseil de la République, quand il a fallu discuter de la ratification, il y a une voix qui s'est élevée pour dire : "ces traités que vous ratifiez aujourd'hui, demain il nous faudra les détruire". C'était la voix de Michel Debré. Nommé Premier Ministre en 1959 du Général de Gaulle dont il avait traduit le sentiment au Conseil de la République et disposant de tous les moyens, pouvait-il faire échec au nouvel ordre communautaire ? Il paraissait facile de dire en 1958 : puisque nous ne voulons pas des communautés européennes, de ces projets de funambule, il suffit de les effacer par une référence précise dans la constitution. Or, vous savez bien que cela n'est pas possible parce qu'au regard de la jurisprudence internationale, la constitution d'un Etat n'est qu'un simple fait et que la subordination de la loi au traité qui a été conclu, engage la responsabilité de l'Etat. Et effectivement, il a fallu exécuter les traités. Il y a eu l'arrêt **Van Gend And Loos** de 1962 (conclusions de l'Avocat Général Roemer) : il existe un

ordre communautaire qui s'impose aux ordres juridiques étatiques. Et, en 1978 rien de changé dans l'arrêt **Simmenthal**, on retrouve dans la bouche de l'Avocat Général Reischl les mêmes considérations : l'ordre juridique communautaire s'impose. Dans les circonstances où il s'est imposé en France, on peut bien dire que si le droit national devient de plus en plus un droit dérivé, subordonné, cela n'est pas tellement qu'on a voulu spécialement à partir de 1959 la primauté de l'ordre communautaire.

Primauté donc parce qu'elle est dans la nature de l'évolution des droits internes. Et primauté du droit international parce qu'elle est aussi incluse actuellement dans l'évolution du droit international public.

*b - Au niveau du droit international public :*

Il y a deux ans, dans la solitude de ma case, à Brazzaville, je m'interrogeais, et je me disais : "s'il fallait caractériser d'une phrase la société internationale d'aujourd'hui, je pense que deux mots suffiraient : solidarité et rivalité". La guerre et puis, en même temps, une immense chaîne des hommes qu'on ne peut pas nier, qui est là, évidente, tous les jours". Comment faire pour que les rivalités et les résistances de la souveraineté n'étouffent finalement la solidarité ? Le droit international a entrepris une grande quête et cette quête a commencé en 1955 avec la conférence de **Bandoeng**. Elle s'est perpétuée dans les travaux du Comité de Mexico qui, aux Nations-Unies, a abouti à dégager les sept piliers de la paix : les principes fondamentaux touchant les relations amicales entre les Etats. Et puis, il y a eu, en 1969, la Convention de Vienne sur le droit des traités. Il s'agissait de codifier, mais les Etats nouveaux, dans leur grande majorité, ont proposé de dépasser la codification avec entre autres un projet d'article rédigé de la manière suivante : "Est nul tout traité qui entre en conflit avec une norme impérative du droit international public". Or, si ce "jus cogens" de l'article 50 de la Convention de Vienne sur le droit des traités n'a pas d'influence, c'est parce qu'au lieu de se borner, sans définir son contenu, à poser le principe d'une norme fondamentale (aimez-vous les uns les autres ou, peut-être, faites l'amour et pas la guerre, peu importe) les Etats ont voulu, en fonction de considérations diverses, définir la norme impérative à laquelle aucune dérogation n'est permise d'une manière subjective, par référence au droit naturel. Et, en fait de droits naturels, malheureusement, on ne peut pas dire, vous le savez bien, qu'il y en ait un qui soit reconnu par tous, ne serait-ce que le droit à la vie. A cause de l'échec du jus cogens, il faut que cette quête continue. Et, je ne puis terminer cet exposé sans vous lire sur ce point ce qu'écrivait Kelsen en 1934 dans la préface à la première édition, car il s'agit d'avertissement et de souhait, qui étaient très largement prémonitoires :

"Si j'ose néanmoins, à une telle époque (en 1934), présenter la synthèse des résultats de mes travaux sur le problème du droit, c'est dans l'espoir que le nombre de ceux qui placent l'esprit au-dessus de la force, est plus élevé qu'il ne pourrait paraître actuellement. C'est avant tout parce que je veux au milieu même du tumulte sauvage de notre temps que de plus jeunes générations ne cessent pas entièrement de croire en une science juridique libre dont, j'en suis convaincu, un avenir plus ou moins lointain recueillera les fruits".

En 1960, au mois d'avril, dans la préface à la seconde édition, il revient sur ce thème : "Cette seconde édition, non plus, ne prétend pas exposer des résultats définitifs, il n'y faut voir qu'une entreprise qui a besoin d'être poursuivie par voie de compléments et d'améliorations de toute nature. L'entreprise aura atteint son but si elle est considérée par d'autres que

l'auteur, qui touche quant à lui au terme de sa vie, comme digne d'une telle continuation...". Aujourd'hui comme hier, l'effort vers une science du droit objective, qui se contente de décrire son objet, se heurte à la résistance obstinée de tous ceux qui, méconnaissant les frontières qui séparent la science de la politique, croient pouvoir fixer, au nom de la science le contenu que devrait avoir le droit, c'est-à-dire qui croient pouvoir déterminer le droit juste et par là même un étalon de la valeur du droit positif...".

Alors, vous le voyez aujourd'hui, est-il bon dans une revue comme la revue du droit public en France et à l'étranger d'écrire en 1978 : "il n'est pas plus important de se poser la question du fondement du caractère obligatoire du droit que de se demander pourquoi les cercles sont ronds ? Il est heureux pour nous, juristes, que dans la même revue, un autre collègue ait répondu : "la pyramide kelsenienne est toujours debout".

Qu'importe le contenu de la norme fondamentale ! il suffit qu'elle soit.

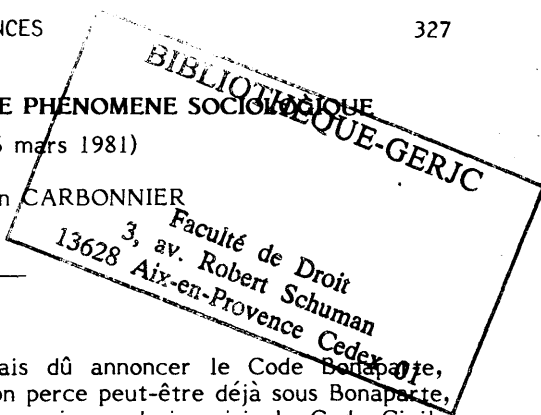
Merci de votre attention.

---

## LE CODE NAPOLEON EN TANT QUE PHENOMENE SOCIOLOGIQUE

(Conférence du 6 mars 1981)

par M. le Doyen Jean CARBONNIER



Plutôt que le Code Napoléon, j'aurais dû annoncer le Code Bonaparte, car c'est en 1804, à un moment où Napoléon perce peut-être déjà sous Bonaparte, mais où il n'y a pas encore d'empereur, que je voudrais saisir le Code Civil. C'est donc la naissance du Code Civil qui m'intéresse, sa genèse, envisagée d'un point de vue non pas juridique (il ne sera pas question de faire des plongées dans les travaux préparatoires), mais d'un point de vue sociologique.

A la vérité, un phénomène sociologique peut avoir des effets aussi bien que des causes. Je propose une étude des causes, il aurait peut-être été logique de la compléter par une étude des effets. On dit toujours que le Code Civil de 1804 a eu des effets sociaux considérables, qu'il a transformé la société européenne. L'assertion demanderait vérification : en particulier, on pourrait y faire cette objection que certaines sociétés européennes qui n'ont pas connu le Code Civil, qui n'en ont pas du tout subi l'influence, qui ont même eu quelque répulsion pour la codification, je veux parler surtout de l'Angleterre, sont arrivées, avec peut-être un temps de retard, aux mêmes résultats sociaux que la France, à la même égalité des personnes (ou presque), à la même liberté religieuse. La société est à peu près la même de part et d'autre de la Manche ; pourtant, il n'y a pas de l'autre côté un Code Civil. Autre objection, et qui n'est pas sans portée, même pour ce qui va être notre propos : est-ce bien le Code Civil de 1804 qui a transformé la société européenne ? La transformation n'était-elle pas déjà acquise une dizaine d'années plus tôt ? N'est-ce pas la Révolution française, la législation intermédiaire, qui a été un choix de société ? Entre la législation intermédiaire et la codification napoléonienne, il existe, tout de même, une différence, celle qui résulte d'une codification. Une codification, c'est une structure qui crée quelque chose de nouveau, c'est aussi, et dans le cas particulier du Code Civil, c'est surtout un symbole. Le Code Napoléon a été un symbole. La preuve, c'est qu'il fut haï. A la différence de tant d'autres codifications postérieures qui sont entrées banalement dans les sociétés qu'elles étaient appelées à régir, le Code Napoléon a été, sur le moment, détesté autant qu'admiré. Il n'est pas donné à toutes les législations de susciter pareil tollé. Le Code Napoléon a été une pierre d'achoppement dans l'histoire de France. C'est à cause de cela qu'il demeure un événement historique de première grandeur. Aussi l'étude de sa genèse est-elle bien propre à servir de banc d'essai pour des questions philosophiques. C'est en quoi je rejoins ce qui est la raison d'être de notre réunion de ce soir : à propos du Code Napoléon, nous pouvons tester des questions de philosophie des sciences sociales, de philosophie de la sociologie de l'histoire.

Des questions fondamentales qui sont des questions de causalité ; les questions de la causalité en histoire. Deux grandes questions se présentent ici. La première est celle qui surgit d'une opposition entre le hasard et la nécessité. Le hasard joue, semble jouer un rôle dans l'histoire. Il y a en histoire, disent les historiens, de petites causes, des "parvae causae", le nez de Cléopâtre, le grain de sable dans la vessie de Cromwell... Mais avec cette question, une autre s'entrecroise, peut-être plus classique, toujours



agitée en tout cas : l'histoire est-elle faite par des forces impersonnelles ou par des personnalités fortes ? Est-ce que ce sont les choses ? est-ce que ce sont les hommes qui font l'histoire ? Qui gagne les batailles ? les généraux ? ou les fantassins ? On en a discuté longuement depuis Plutarque, et l'on peut transposer la discussion dans l'histoire du droit, dans l'histoire de la législation : qui fait les lois ? les grands législateurs Minos, Lycurgue, Justinien ? ou bien des forces anonymes, à l'oeuvre dans l'épaisseur des sociétés ? Le Code Civil de 1804 est un terrain propice pour des recherches menées sur cet axe. N'a-t-il pas lui-même suggestivement hésité sur sa propre appellation ? et par delà, sans doute, sur sa propre signification ? Il s'est appelé d'abord, le Code Civil des Français, c'est-à-dire du peuple français, avant de devenir quelques années plus tard, le Code Napoléon. Dans cette dualité, j'aperçois comme une invitation à suspendre nos jugements, et j'essaierai ici, de faire à la fois la part des choses et la part des hommes, la part des forces collectives et celle des individus dans la genèse du Code Napoléon.

- I -

Faisons d'abord, la part des choses.

Nous entrevoyons un flux indistinct, une masse confuse de phénomènes qui, par hypothèse, échappent à la volonté du législateur individu, dont celui-ci n'a même pas conscience. Ce sont ces forces anonymes qui vont lui imposer, semble-t-il, la décision législative. Un marxisme diffus, méthodologique, nous a habitués à tout rapporter à la base. Sans complexe, je parlerai d'infrastructure ; peut-être pas, néanmoins, dans le sens habituel à la doctrine marxiste, et en ayant égard à l'infrastructure, je prendrai garde à ne pas nier la super-structure. Cette super-structure n'est pas un simple épiphénomène, une phosphorescence vaine à la surface des choses. Dans les variantes jeunes du marxisme, aujourd'hui, il est admis que la super-structure, l'idéologie, par exemple, puisse réagir sur l'infrastructure, que l'idéologie puisse exercer une action dans la genèse des institutions sociales, et singulièrement dans la genèse d'une codification. Nous voici donc, avec deux forces anonymes à l'oeuvre dans la société française, l'**infrastructure** et l'**idéologie**. Je les retiens toutes deux, mais j'en ajoute une troisième, qui est propre au droit, à laquelle on ne prête pas suffisamment d'attention et que je nommerai **la force des précédents**. Reprenons ces trois termes.

L'étiquette "infrastructure" est commode, mais ne nous dispense pas de quelques interrogations. Quelle infrastructure ? Dans la ligne usuelle de pensée que j'ai adoptée, l'infrastructure est au premier chef constituée par l'économie, les forces économiques. Suivant le schéma le plus élémentaire du matérialisme historique, les changements sociaux ont des causalités économiques, et si nous transposons cela au droit, nous dirons que les changements dans les rapports économiques de production déterminent - déterminisme - des changements du droit. Plus concrètement, pour notre histoire, les changements dans les rapports économiques de production à la fin du XVIIIème, au début du XIXème, auront déterminé le passage de l'Ancien Droit au Droit nouveau. L'économie féodale avait reculé progressivement devant l'économie capitaliste. Cela s'était accompli spontanément à la base, et le droit n'en sera qu'un reflet. La propriété privée va être libérée des entraves

féodales, la liberté du commerce et de l'industrie sera proclamée. La propriété en tant que droit absolu, la liberté contractuelle, vous reconnaissez les essentialia économiques du Code Napoléon. Le Code Napoléon, c'est devenu une assertion banale, a répondu aux besoins d'une classe sociale alors ascendante, aux besoins de la bourgeoisie. Le Code Napoléon est l'expression juridique de la bourgeoisie triomphante. Cette signification anti-féodale du Code Napoléon a été discernée dès le début, très clairement, par les contemporains. Aussi bien chez les partisans que chez les adversaires (et il y en eut de fougueux) du Code Napoléon, en France et à l'étranger, le caractère anti-féodal a été considéré comme étant de l'essence de l'oeuvre. L'interprétation marxiste la plus classique (le marxisme de Marx) s'accompagne, d'ailleurs, d'un jugement historiquement favorable : la bourgeoisie et son code ont joué un rôle utile, en tout cas, un rôle nécessaire et irrésistible dans l'évolution de la société. Le Code fut une étape bénéfique dans l'évolution du droit ; ce n'est que par la suite, en se cristallisant, qu'il devint un obstacle aux transformations économiques qui se poursuivaient en dehors de lui.

Cependant, ici, une bifurcation s'amorce. Le mot "bourgeoisie" évoque la ville, alors que le paysage du Code Civil, si vous le contemplez dans le livre des Biens (dans le livre second) - combien de fois la remarque en a-t-elle été faite - est plutôt un paysage rural. Lisez les titres de l'usufruit, des servitudes, de la distinction des meubles et des immeubles, vous êtes à la campagne. Du même coup, c'est l'immobilier qui domine. Il ne suffit donc pas de dire : le Code Civil c'est le Code des propriétaires. La propriété des immeubles a un autre sens que celle des meubles, et derrière ces deux sortes de propriété on peut distinguer deux types de capitalisme : le capitalisme de la terre et de la pierre, foncier, immobilier, et en face, le capitalisme marchand, industriel, financier. Nous apercevons alors, pour emprunter une expression à la terminologie marxiste, une contradiction antagoniste à l'intérieur du Code Napoléon. L'antagonisme se découvrira peu à peu, au fil du XIXème (il n'est que de se rappeler les attaques des Saints-Simoniens contre le Code Civil, trop lié à la terre selon leur goût). Mais il était déjà en puissance en 1804, peut-être même était-il déjà déclaré dans les faits. Le capitalisme industriel n'avait-il pas déjà un interprète en Jean-Baptiste Say ?

Le Code des propriétaires est donc né avec une contradiction en son sein. Peut-être même est-il né, pour partie, de cette contradiction. N'avait-il pas, parmi ses objectifs, de réaliser, sans l'afficher, un compromis entre les deux types de capitalisme ? L'opinion dominante, il est vrai, est que, loin de conclure un compromis, il aurait choisi un des deux camps, l'immobilier. Le fait est que la propriété immobilière semble entourée par lui de toutes les faveurs. C'est la propriété qu'il convient de conserver par excellence dans les patrimoines familiaux jusqu'à l'extrême limite des possibilités. Rappelons-nous les règles sur la lésion, c'est la lésion subie par le vendeur dans la vente d'immeuble ; rappelons-nous les règles originaires de la tutelle, les difficultés qu'elles opposaient à la vente des **héritages**, c'est-à-dire des immeubles appartenant aux mineurs. A la fin du XIXème siècle, on ne se privera pas de présenter le Code Civil comme le Code d'un capitalisme archaïque, le capitalisme immobilier, voire rural. Et, en regard, on campera l'absence de protection de la fortune mobilière, sans peut-être aller au fond du problème. Est-ce assez, en effet, de cette absence de protection apparente de la fortune mobilière pour affirmer que le Code Civil ne s'en est pas préoccupé, que, dans cette lutte interne à la bourgeoisie, il a pris fait et cause pour la bourgeoisie terrienne. C'est peut-être oublier que protéger la fortune mobilière, c'est-à-dire l'entourer de formalités dans sa circulation,

son aliénation, n'est peut-être pas la favoriser. Le génie économique de la fortune mobilière, c'est plutôt la circulation rapide, dépouillée de formes, et jusqu'à un certain point affranchie du droit. Si bien, que l'on peut se demander, si, en semblant ignorer la fortune mobilière, le législateur de 1804 n'entendait pas, en réalité, lui donner plus de force. La bourgeoisie financière avait, au demeurant, pris quelques sûretés dans le Code : dans l'article 1134, la liberté contractuelle ; dans l'article 1905, la liberté du prêt à intérêt. Et elle en avait pris également hors du Code, dans la loi de Germinal, qui en était comme le protocole financier. On ne saurait séparer le Code Napoléon de la loi de Germinal (et du franc de Germinal) : il est inintelligible sans cette loi monétaire (et peut-être faut-il se résigner à constater qu'en effet il est devenu inintelligible à partir de ce moment de 1914 ou de 1928 où le protocole financier de Germinal a été répudié).

En tout cas, aujourd'hui, bourgeoisie financière, bourgeoisie foncière, ceux qui critiquent le Code Civil ne s'arrêtent pas à la distinction, ils ne veulent pas la voir. Les interprétations radicales que l'on donne du Code Napoléon à l'heure actuelle, ignorent cette tension qui lui est interne. Le Code Civil de 1804, c'est essentiellement le Code Civil des possédants, le Code qui a rejeté les pauvres, les prolétaires hors du droit. Et il est bien vrai qu'il s'est intéressé aux biens beaucoup plus qu'aux personnes, mais ce qui n'est peut-être pas vrai, c'est qu'il ait été engendré par une sorte de peur, de panique de la classe possédante, qui se serait murée sur la défensive devant des classes réputées dangereuses. Il y a une image fautive du Code Civil, comme d'un Code de vieillards sclérosés. A cet endroit, il nous faut quitter l'infrastructure économique pour une autre infrastructure, qui a été totalement négligée, l'infrastructure démographique, les mouvements de la population.

En 1804, la France est le pays le plus peuplé de l'Europe Occidentale, et elle a une natalité encore forte, bien que, sans doute, déjà, sur une pente légèrement descendante. Le Code sera, pour une part, déterminé par ces facteurs démographiques. Le Code Civil est le Code d'une nation en armes, un Code de jeunes conquérants. Je ne fais pas allusion à quelques articles militaires éparpillés çà et là. C'est quelque chose de plus profond. Nous n'y prenons plus garde, mais le Code Civil fut un Code de la jeunesse. Deux révélateurs : il a abaissé l'âge de la majorité civile de vingt cinq à vingt-et-un ans (ou du moins il l'a maintenu abaissé en bon mainteneur de la Révolution), et il a supprimé la liberté testamentaire, la magistrature familiale du père de famille. Bref, il a pris le parti des enfants contre les pères. Le Play, plus tard, esprit sagace s'il en fut, lui reprochera amèrement cette décision, où il apercevra la pierre de touche de la philosophie consulaire. C'est bien parce qu'il était un Code de jeunes, un Code jeune, que le Code Civil a été un Code débordant, un Code Civil de conquêtes. Il ne faut pas voir en lui la simple mise en ordre d'un coutumier national. Très rapidement, ce fut une législation portée à l'universel, ce fut le lancement d'un nouvel esprit législatif à travers l'Europe. Cette force d'expansion du Code Napoléon a fait partie de sa nature historique. Il y avait en lui une impétuosité démographique, et elle trouva son exutoire naturel dans une idéologie contestataire, révolutionnaire.

L'idéologie du Code Napoléon, c'est l'idéologie d'une révolution - bourgeoise si l'on veut, mais révolution - la Révolution de 1789. Il faut convenir que cette idéologie est peu explicite et qu'elle est ambiguë. Elle est peu explicite, il faut une lecture en éveil pour la découvrir. Certains articles se déroulent à plat, comme des dispositions techniques tout à fait anodines, mais si vous les replacez dans leur contexte historique, vous les voyez claquer au vent

comme des drapeaux. Prenez l'article 638, la définition des servitudes, l'interdiction d'en faire une charge qui pèserait sur la personne, vous y entendrez l'accent anti-féodal. L'article 815, nul n'est tenu de demeurer dans l'indivision, la phrase est dans Pothier, et chez lui elle est banale, mais lue dans le contexte de 1804 et par référence à la Révolution, cela veut dire : finies les communautés familiales, autrefois si contraignantes, chaque individu pourra en sortir à sa guise. Cet individualisme est révolutionnaire. Plus que par des discours, d'ailleurs, c'est par des silences que le Code Civil exprime son idéologie. Il abolit l'Ancien Régime par préterition. Il ne dit rien de la noblesse, et cela suffit pour établir l'égalité des personnes. Il ne dit rien de l'Eglise et cela suffit pour établir la laïcité du droit civil, ce qui était en 1804 une innovation sans répondant.

Néanmoins, il y a une ambiguïté dans cette idéologie, et ici se dessine une distinction, déjà entrevue tout à l'heure, entre deux faces, deux intentions du Code, l'une tournée vers l'extérieur, l'autre vers l'intérieur. Toute la verdeur de l'idéologie révolutionnaire paraît s'être concentrée sur l'extérieur. De fait, c'est à l'étranger, chez nos ennemis, quelquefois nos alliés, mais qui n'en étaient pas moins nos ennemis, c'est aussi chez les émigrés, que le Code Civil sera perçu le plus nettement comme révolutionnaire. En France, on ne prêtait pas autant d'attention à cet aspect des choses, parce que l'on y avait déjà vécu la Révolution et le droit intermédiaire. Le législateur pouvait même, à l'intérieur, cultiver une certaine image conservatrice de son Code, le présenter comme le Code Civil de la Révolution, certes, mais de la Révolution finie et bien finie. L'idéologie de 1804 s'acclimate par un rapprochement avec la proclamation des Consuls du 24 Frimaire An VIII : "Citoyens, la Révolution est fixée aux principes qui l'ont commencée, **elle est finie**". Dans le jeu des causalités, il y avait donc quelque chose qui équilibrait la poussée en avant : c'était la force des précédents.

Le droit précédent : voici encore une causalité trop négligée dans l'analyse sociologique. Or, c'est le droit qui fait le droit. Le droit sort du droit. Légiférer, c'est faire sortir le présent du passé. On peut l'expliquer par les lois générales de la psychologie : l'imitation est un ressort puissant ; la loi du moindre effort est une pesanteur. Le structuralisme, de son côté, nous suggère qu'il existe un nombre fixe de combinaisons conceptuelles, que tout n'est pas possible, que l'invention est rare. Et, dans le droit, elle est exceptionnelle. Car il faut tenir compte de la démarche propre à la pensée juridique, qui avance par références successives à un passé. Le phénomène du droit transitoire est significatif à cet égard. Même quand le droit nouveau renverse le droit ancien, il s'y réfère mentalement. En fait, innombrables sont les articles du Code Napoléon, qui lui viennent de textes antérieurs. A preuve, la publication, dans les premières années qui suivirent 1804, de Codes historiques à l'usage des praticiens, de Codes où sous chaque article on trouvait les références aux précédents dont l'article s'était inspiré.

Toutefois, il y avait une double série de précédents : les précédents de l'Ancien Droit, mais aussi ceux du Droit intermédiaire. Phénomène prodigieux, dix ans à peine de droit intermédiaire, et cela avait suffi pour fonder une tradition, pour créer une histoire. C'est que dix ans de vie paisible, ce n'est rien, mais dix ans de vie intense, dix ans de révolution, d'agitations, de batailles marquent l'histoire, imprègnent les mentalités. Le Code Napoléon n'a donc pas été un corps sans mémoire : il en a même deux.

Pour être la mémoire du passé, on peut compter en général sur les juristes. Ils sont les porte-paroles naturels des précédents. Du même coup, ils portent en eux une force de résistance au changement. Ils y résistent

par prudence professionnelle (outre qu'ayant appris le droit dans leur jeunesse, ils n'ont pas envie de revenir à la faculté sur le tard). Leur résistance peut se fortifier de ce qu'ils forment une classe, une caste, une corporation. En quoi nous apercevons quelle fut la chance inouïe du Code Civil, une chance enviable. Il est apparu à un moment où la classe juridique avait été démantelée, taillée en pièces par la Révolution. Plus de magistrature professionnelle, les barreaux dissous, les Facultés de Droit réduites à l'état de nullité. Comme tout était facile pour le législateur ! Pour la sérénité de son labeur, il est peut-être utile qu'il n'y ait pas autour de lui trop de gens compétents.

## - II -

J'ai fait apparaître jusqu'ici des ombres sans visage. Il est temps, maintenant, de faire sortir quelques visages de l'ombre. Vous attendez Napoléon et Portalis, le navire et la chaloupe qui suit le navire, l'empereur et le brillant second. Nous allons, en effet, les retrouver. Mais avant de les mettre en scène pour représenter la part des hommes, il est bon de reprendre en termes généraux cette question de philosophie de l'histoire qui, dès le début, nous avait arrêtés.

Comment les individus s'insèrent-ils dans la trame des causalités historiques ? Il est une thèse qui dénie à leur intervention toute autonomie ; Il faudrait, en quelque sorte, récupérer les grands hommes au profit du peuple. Les personnages de l'histoire, enseignait Gabriel Monod, qui fut une autorité, qui est peut-être en train d'en redevenir une, les personnages de l'histoire ne sont que signes, symboles, des divers moments de l'évolution. On en peut proposer une explication rationnelle. Si des personnages émergent de leur époque, c'est précisément parce que leur pensée est en harmonie avec la pensée de cette époque. Ils vont de concert avec la marée ; s'ils allaient à contre-courant, ils seraient engloutis. Leur réussite même est la preuve qu'ils s'identifient aux forces prépondérantes dans la société qui les entoure. Autrement dit, les gouvernants, les législateurs s'efforcent toujours de jouer le rôle que leur époque attend d'eux, ils essaient de ne pas décevoir son attente. Que signifie d'autre, à l'heure actuelle, le recours aux sondages d'opinion législative ? Le législateur veut être en accord avec l'opinion publique. Nous croyons qu'il mène ; en réalité, il suit.

Telle est la thèse ; arrive l'antithèse. L'antithèse maintient que les individus, les grands hommes ont une action propre sur le cours des choses. Lamprecht, le grand historien allemand du siècle dernier, écrivait **individuum est ineffabile**, l'individuel est ineffable. Il voulait dire que la présence d'un individu dissout toute analyse causale, parce que la liberté psychologique rompt la trame des causalités. Écoutons, du reste, Montesquieu. Son déterminisme est notoire : pourtant, dans son chapitre des législateurs, il dit ceci : "Les lois rencontrent toujours les passions et les préjugés du législateur, quelquefois elles passent au travers et elles s'y teignent, quelquefois elles y restent et elles s'y incorporent". Autre témoignage : les hésitations de la science politique contemporaine. Le développement de la démocratie a, dans un premier temps, conduit cette science à une sorte de populisme méthodologique : tout devait être cherché à la base.. Mais, dans un second

temps, les politologues se sont mis à parler abondamment de la personnalisation du pouvoir. C'est un phénomène universel que les médias rendent évident et contribuent peut-être à développer. Or, la personnalisation du pouvoir, n'est-ce pas la part faite aux grands hommes ?

Une synthèse pourrait se trouver dans certaines théories contemporaines de la décision : décision militaire, industrielle, financière - décision législative aussi. Des sociologues ont, d'ailleurs, appliqué leur théorie de la décision à la genèse de lois récentes. Je citerai une théorie qui a été appliquée avec une efficacité, semble-t-il, assez grande, à une loi très particulière, l'ordonnance du 30 décembre 1958, qui a porté réforme des études médicales. A l'origine de cette décision législative, les chercheurs qui ont étudié le cas ont d'abord mis en lumière un complexe de facteurs impersonnels, de forces anonymes, latentes dans la société ou dans le milieu médical, qui appelaient, nécessitaient cette loi. Mais celle-ci n'aurait pas vu le jour s'il n'y avait eu l'intervention d'un homme doté d'un réel prestige, auquel nos sociologues donneront le nom de médiateur charismatique (en l'occurrence, nommons-le, c'était le professeur Robert Debré). Le médiateur charismatique, doté d'une certaine grâce, d'un don quasiment céleste, est l'homme qui va accoucher la société de la loi qu'elle portait.

On pourrait observer, en marge des théories, que, si l'attention de l'histoire s'attache avec prédilection aux grands hommes, cela peut s'expliquer très banalement. Dans le jeu des causalités, le facteur personnalité, le facteur "grand homme", attire davantage les regards parce qu'il est plus aléatoire, plus chargé de hasard, moins chargé de nécessité. Si vous rapportez le cours des vies individuelles à une collectivité, à un ensemble de population, les petites causes qui jalonnent les vies individuelles viennent toutes se fondre, se neutraliser entre elles, et finalement s'effacer. Si, au contraire, vous considérez un homme isolément les petites causes se dessinent en couleur sur son profil de carrière, et l'on en arrive à se dire tout naturellement : "il aurait pu ne pas être là et là, les choses se seraient passées différemment" ! ou encore : "les choses se sont passées ainsi parce qu'il était là" ! Et l'on confère à la présence du grand homme un rôle causal parce que cette présence paraît tenir du miracle, ce miracle n'étant que les multiples hasards de la plus humble vie individuelle.

Que si, de surcroît, au lieu d'une personnalité, vous en avez deux ; au lieu d'une vie, deux existences, vous obtenez un cumul d'aléas. S'il y en avait une infinité, tout se fondrait mais s'il y en a deux seulement, les aventures se cumulent. Or, un gouvernement, un législateur, dans la plupart des cas, n'est jamais seul ou presque. Il a presque toujours un conjoint, presque toujours une femme - redoublement d'aléas. C'est justement ce qui est advenu à Napoléon : il y avait Joséphine. Et les ennuis du ménage Bonaparte ont souvent été comptés parmi les "parvae causae" du Code Civil. Si, en 1804, la France a été gratifiée de l'adoption et du divorce par consentement mutuel, le refrain est connu, c'est à cause de Joséphine. C'est parce qu'il avait une femme volage et dépendière, qu'il a imprimé au Code Civil ce tour misogyne qui lui sera reproché durant un siècle et davantage. Seulement, ce ne sont là que des causalités parcellaires, et j'aimerais, pour être sérieux, m'en tenir aux causalités globales.

La quête la plus globale de causalité tient ici dans l'interrogation : "Qui a fait le Code Civil" ? Napoléon ne l'a pas fait, mais il l'a fait faire, et c'était aussi important. En voilà assez pour introduire ici une causalité par présence : s'il n'avait pas été là, qu'est-ce qui se serait passé ? Or, il aurait bien pu ne pas être là, car sa carrière était passablement aventureuse.

Il y avait en lui de l'aventurier et du joueur ; il cherchait son destin dans les astres. Il avait derrière lui une carrière de militaire, où il aurait pu être battu aussi bien que vainqueur (sait-on jamais pourquoi un général est battu plutôt que vainqueur ?). Et puis, il y avait eu le coup de dés du 18 Brumaire, pauvrement préparé, exécuté sans habileté et sans assurance, à deux doigts d'échouer. Oui, il aurait bien pu ne pas être là. Nous pouvons nous livrer à des exercices de simulation, comme on en fait en sociologie - simuler un Code Civil en l'absence de Bonaparte. Nous pouvons tenter des extrapolations à partir des essais de Cambacérés - le troisième, surtout - ou du projet de Jacqueminot. La France aurait eu un Code Civil peut-être pas tellement différent, mais il se peut qu'elle n'aurait pas eu de Code Civil du tout, parce que les tentations se seraient perdues dans les sables politiques, comme il arriva aux deux projets précités. Poussons plus loin les hypothèses. Imaginons un retournement diamétral de la conjoncture nationale ou internationale. Par exemple, l'Ancien Régime est rétabli ; il ne constituera pas un Code Civil, il rédigera des ordonnances ; elles seront de la main de Bigot de Préameneu probablement, au lieu de Portalis, ou bien ce sera Toullier ; ou Duranton, que l'on appellera à confectionner ce Code de 1820 ou de 1830... Ou peut-être même, en mettant les choses au pire, voici que les Prussiens occupent le pays, recrutent des collaborateurs, et c'est la codification du royaume de Prusse qui est le modèle...

Napoléon aurait bien pu ne pas être là. Mais enfin n'était-il pas fatal qu'il fût là ? on l'a soutenu. Si le 18 Brumaire a réussi, écrivait Treitschke, l'historien allemand, c'est la preuve la plus forte qu'il était nécessaire historiquement ; et c'est parce qu'il était historiquement nécessaire qu'il était moralement justifié. Je laisse à Treitschke la responsabilité de son jugement moral. Napoléon était peut-être une nécessité historique. Mais le Code Napoléon était-il, par cela seul, nécessité ? Pour faire avancer la question du Code, il fallait un souffle imprévisible : **Individuum ineffabile**.

Personne n'a apparemment possédé plus que Bonaparte les dons, les grâces d'un médiateur charismatique. Des charismes législatifs, il en avait de multiples, mais qui ne se révélèrent pas tous en même temps. En 1804, c'est le charisme de l'ordre, de l'ordre intérieur : la Révolution est finie, et le Code Civil est le retour à l'ordre. Cependant, que s'écoulent quelques années et le charisme de la Révolution fait une irruption inattendue, le charisme de la Révolution à exporter. Ce révolutionnaire involontaire, Napoléon, a dit Victor Hugo. Pas si involontaire que cela. Dans les cinq ou six années folles qui ont précédé la chute, des années de fol expansionnisme législatif, il rêve d'une Europe unifiée à coups de Code ; il voudrait imposer le Code Civil partout, en Allemagne, aux Pays-Bas, dans les Etats du Pape, dans le Royaume de Naples, et l'imposer tel quel, avec la sécularisation du droit, avec le divorce, avec le bonnet rouge. Ce ne fut pas le dernier charisme le dernier charisme s'approfondira à Sainte-Hélène, c'est le charisme de l'éternité. Napoléon lègue son Code aux générations futures, et comme tous ceux qui font un testament, il voudrait bien empêcher les héritiers d'y toucher. S'il pouvait enfermer dans sa codification un millénaire d'avenir, comme Justinien. Il est fasciné par l'exemple de Justinien, sans s'apercevoir que, dans le **Corpus juris civilis**, ce ne sont pas les Novelles, c'est-à-dire les actes de volonté, qui ont le mieux tenu, mais plutôt le Digeste, c'est-à-dire un océan de questions, de demi-doutes, de contradictions. C'est peut-être cette indécision apparente qui fait la force principale d'un code. Napoléon avait bien dû, pourtant, lire le "Discours préliminaire au projet de l'An VIII", ce discours préliminaire que Portalis avait composé. Mais s'il l'avait lu, l'avait-il bien compris ?

J'ai quelque scrupule à parler devant vous de Portalis. A Aix-en-Provence, vous le connaissez depuis son enfance. Moi, paradoxalement, c'est dans les brumes de l'Allemagne du Nord que je l'ai rencontré, dans ces milieux piétistes qu'il avait fréquentés par accident. Le voyage en Allemagne, c'est la "parva causa" dans la vie de Portalis. Lors du coup d'état de Fructidor, il avait été enveloppé dans les poursuites que le Directoire avait exercées contre les membres les plus rétifs du Conseil des Anciens. Plus ou moins compromis, il fit ce que l'on doit faire dans des cas de ce genre, surtout quand on est innocent : il prit la fuite, et il alla atterrir par étapes successives dans le Holstein. Il y fut reçu par des cercles piétistes, où le romantisme était à la mode - entendez par là un romantisme politique. Dans ces salons, on passait au crible la philosophie de Kant et on la démolissait ; on combattait avec vigueur l'**Aufklärung**, le rationalisme des Lumières ; on s'enthousiasmait pour les forces vitales que l'on sentait en mouvement dans les profondeurs de la nation. C'est de là que quinze ans plus tard, sortira l'école historique de Savigny.

Les idées qui se brassaient dans ce coin d'Allemagne, Portalis les recueillit, et il en écrivit deux volumes qui ne furent, du reste, publiés qu'après sa mort, sous le titre "De l'usage et de l'abus de l'esprit philosophique durant le XVIIIème siècle". Il y a, selon Portalis, un bon usage de la philosophie, qui est l'usage allemand. Explication : en Allemagne, les philosophes vivent dans de petites universités ; d'où un cloisonnement qui empêche leurs fantaisies philosophiques d'aller jamais très loin. En France, au contraire, il y a un mauvais usage, un abus de la philosophie : c'est que la philosophie se fait dans les salons parisiens et de là rayonne sur toute la France en y causant des dégâts. Ce que Portalis redoutait dans la philosophie française, la philosophie des "philosophes", la philosophie rationaliste du XVIIIème siècle, c'est l'esprit de système. La philosophie en soi serait bonne, mais l'esprit de système est un désastre ; il en est un, en particulier, dans la législation. Ce qu'il y avait d'ondoyant dans la personne de Portalis a souvent été attribué à une faiblesse de caractère (d'où de très virulentes critiques). En réalité, c'était chez lui l'effet d'une conviction philosophique ; c'était l'empirisme mis en philosophie. Pas de système, mais une adaptation, une adaptabilité de la pensée aux différents besoins du moment. Or, à peine eut-il rédigé ses deux volumes sur l'usage et l'abus de l'esprit philosophique, à peine eut-il fait son miel de toutes ces idées romantiques qui s'agitaient dans les châteaux de l'Allemagne du Nord, voici qu'il rentrait en France, appelé à prendre la tête de la bande des quatre grands rédacteurs du futur Code Civil.

Il tombe en pleine controverse sur les méthodes législatives. L'approche d'un Code Civil, après tant d'essais avortés, explique assez que l'on se soit alors si passionnément intéressé à la méthode de rédaction des lois. L'"Esprit des lois" avait été longtemps un modèle. Il avait déchaîné sur le moment l'engouement des philosophes. Mais on en était bien revenu aux alentours de 1800. Dans le clan philosophique, on s'était aperçu que Montesquieu, sous ses allures de philosophe, était en réalité un conservateur, pour ne pas dire un réactionnaire. Il y avait toute une coterie, ceux que l'on appelait les "Idéologues" (ce qui alors ne voulait rien dire de plus que psychologues), Destutt de Tracy, Volney, et d'autres, qu'une imprudence de Bonaparte avait, d'ailleurs, introduits dans les rouages de la Constitution de l'An VIII. Or, les Idéologues voulaient appliquer une méthode déductive en matière de législation. D'après eux, fidèles à l'esprit des Lumières, il existait des axiomes de droit naturel qu'il convenait de poser d'emblée ; de ces axiomes, par voie déductive, le législateur ferait découler l'ensemble de la législation.



En face de l'empirisme de Montesquieu, s'affirmait le rationalisme radical des Idéologues.

A Portalis de trancher. Indubitablement, il était pour l'empirisme de Montesquieu. L'influence de celui-ci peut être retrouvée à la trace dans le "Discours préliminaire au projet de l'An VIII", mais par dessus cette influence, c'est, plus récente - et partant plus vive peut-être - l'influence du romantisme politique allemand. Le rôle que Portalis attribue à l'histoire, "physique expérimentale de la législation", mais c'est l'école historique en germe. Et cette phrase "il est une puissance invisible qui crée insensiblement les moeurs, les coutumes et les langues, qui nous fait justice par la désuétude des mauvaises lois" ? décortiquons-là, nous y découvrons :

1 - Un rapprochement entre la genèse des coutumes et celle des langues - C'est un thème qu'avait abordé Herder, le philosophe-poète que Portalis n'avait peut-être pas personnellement connu, mais qui était en vogue chez ses amis allemands ;

2 - Une évocation des forces créatrices du droit, forces impersonnelles, forces anonymes, puissance invisible, et l'on ne peut s'empêcher de penser au **Volksgeist** de Savigny.

Que dire enfin de cette formule, si souvent citée, "on ne fait pas à proprement parler les codes, ils se font avec le temps" ? Nous Français, nous n'y avons vu, innocemment, qu'un appel à la jurisprudence. Bien plus sûrement, pourtant, c'était un ressouvenir du **Werden**, du devenir, du flux, dont Herder avait fait une idée-force de sa philosophie. "Parva causa", petite cause, ce détour de Portalis par l'Allemagne - service extraordinaire que le 18 Fructidor a rendu à la France en envoyant Portalis prendre des leçons chez les romantiques allemands.

---

## L'INDIVIDUALISME OU LE SOCIALISME DANS LE DROIT POSITIF FRANCAIS

(Résumé de la Conférence du 9 mars 1981)

par M. le Professeur G. LAMBERT

---

Certes, les définitions respectives de l'individualisme et du socialisme ne s'imposent point.

En revanche, il apparaît intéressant de rechercher la genèse du conflit entre ces deux idéaux.

Dans l'ancien droit, celui-ci ne se conçoit point pour la raison majeure que chacun de ceux-là se révèlent exclus :

- d'une part, par une constante inégalité sociale résultant des privilèges ;
- d'autre part, par l'infinie hiérarchie des terres impliquant l'infinie hiérarchie des personnes.

A l'époque révolutionnaire, juridiquement romantique, on observe un triomphe irrationnellement conjugué des deux idéaux.

En 1804, on constate un réel succès de l'individualisme fondé :

- d'une part, sur le caractère absolu du droit de propriété ;
- d'autre part, sur le jeu du principe de la liberté contractuelle.

Certes, cette philosophie consacrée par les rédacteurs du Code Civil fait la plus grande joie de la bourgeoisie de l'époque qui s'enrichit par le jeu conjugué du droit de propriété individuelle et du principe de la liberté contractuelle, en l'état notamment de l'essor, au cours de cette période, du commerce et de l'industrie.

Cependant, par l'effet d'un paradoxe historique, naît alors le prolétariat... et aux environs de 1880 une République démocratique.

A ce moment, on s'aperçoit que le Code Civil recèle une équivoque fondamentale en ce sens qu'on peut alors remarquer que le jeu conjugué du droit de propriété individuelle et de la liberté contractuelle rend totalement illusoire l'égalité juridique des hommes entre lesquels s'instaure en vérité une profonde inégalité économique.

Aussi, se dresse alors, face à l'individualisme, qui suppose un idéal de liberté, le socialisme qui implique un idéal de justice.

Depuis cette époque, le conflit entre ces deux idéaux semble devoir être perpétuel.

Certes, aucun apaisement de ce dernier n'apparaît susceptible de résulter d'une étude de droit comparé qui permet seulement de vérifier l'existence dans le monde de deux grands blocs antagonistes.

En revanche, un espoir de solution procède indiscutablement de l'examen du droit positif français.

Certes, au sein de celui-ci, on observe aujourd'hui un triomphe incontestable du socialisme.

Cependant, ce succès :

- d'une part, dans le cadre de la classique science juridique se révèle limité

- au droit du patrimoine ;
- d'autre part, dans le cadre d'un moderne droit économique s'accompagne d'une dénaturation de certains éléments patrimoniaux "personnifiés".

- I -

## DANS LE CADRE DE LA CLASSIQUE SCIENCE JURIDIQUE, LA LIMITATION DU TRIOMPHE DU SOCIALISME AU DROIT DU PATRIMOINE

Cette limitation se vérifie quand on constate que le succès de l'individualisme dans le droit des personnes compense le triomphe du socialisme dans le droit du patrimoine.

### A - Le succès de l'individualisme dans le droit des personnes

Ce succès apparaît indéniable du double chef :

- d'une part, de l'enfant ;
- d'autre part, de la femme.

#### a - *L'enfant* :

L'amélioration du sort de ce dernier depuis 1804 se vérifie à travers les lois successives des 16 novembre 1912, 15 juillet 1955 et 3 janvier 1972.

#### b - *La femme* :

Le sort de celle-ci s'améliore face à l'enfant et à l'homme.

#### 1 - Face à l'enfant :

Il suffit de remarquer que, par l'effet de la loi du 4 juin 1970, la puissance paternelle autrefois exercée par le père se transforme aujourd'hui en une autorité parentale exercée par les deux parents entre lesquels on observe désormais des rapports d'égalité.

#### 2 - Face à l'homme :

Certes, il convient déjà de souligner l'amélioration du sort de la concubine depuis un arrêt de la Chambre mixte de la Cour de cassation du 27 février 1970 sans oublier les textes de droit public qui élèvent la concubine au rang de "compagne" lorsque le concubin meurt pour la patrie.

En revanche, il faut remarquer l'évolution suivie par le sort de l'épouse sur un double plan personnel et patrimonial.

Sur le plan personnel, on ne doit pas oublier que, par l'effet des lois des 18 février 1938 et 22 septembre 1942, le mari perd la puissance maritale pour acquérir seulement la qualité de chef de famille qu'il perd à son tour par l'effet de la loi du 4 juin 1970, étant précisé que ce dernier ne dispose même plus de la faculté de choisir le domicile conjugal depuis la loi folklorique du 11 juillet 1975.

Sur le plan patrimonial, on doit retenir que, par l'effet de la loi du 13 juillet 1965, le mari cesse de se révéler "le seigneur et maître" pour subir désormais la collaboration, voire la prééminence de son épouse. Ne s'agit-il pas là, déjà, de l'un des reflets de l'incidence du triomphe du socialisme dans

le droit du patrimoine ?

**B - Succès du socialisme dans le droit du patrimoine**

Ce succès trouve son expression dans le double déclin :

- d'une part, du droit de propriété individuelle ;
- d'autre part, du principe philosophique de l'autonomie de la volonté.

a - *Le déclin du droit de propriété individuel :*

Il suffit, pour souligner ce déclin, de rappeler la chronique multiplication des règles qui en France gouvernent aujourd'hui l'habitat, la construction, la redistribution des terres etc...

b - *Le déclin du principe philosophique de l'autonomie de la volonté :*

Ce déclin trouve sa manifestation :

- d'une part, du chef du fait juridique dans la politique de la prolifération des naissances des obligations ;
- d'autre part, du chef de l'acte juridique dans la politique du contrôle de ces naissances.

1 - *Le fait juridique et la politique de la prolifération des naissances des obligations :*

Cette politique de prolifération s'observe :

- d'une part, à propos du fait juridique traditionnel ;
- d'autre part, à propos du fait inédit que constitue le contrat à l'égard des tiers.

\* *Le fait juridique classique :*

Du chef de celui-ci, on ne peut pas contester une évolution tendant à la consécration de la théorie du risque.

Certes, il ne convient point d'oublier :

- d'une part, que la faute conserve un rôle essentiel au double niveau de la causalité qu'elle fait présumer et de la cause exonératoire ;
- d'autre part, que la personne présumée responsable dispose toujours de la faculté d'exercer un recours contre le fautif ou de se prévaloir de l'existence d'une cause étrangère.

Cependant, on ne doit pas ignorer l'évolution fondamentale amorcée par l'arrêt **Jand'heur**, qui suppose que la faute cesse d'apparaître comme le fondement de la responsabilité civile.

\* *Le fait juridique inédit :*

Il s'agit là du contrat analysé comme un fait juridique à l'égard des tiers, c'est-à-dire de l'étude de l'acte juridique.

2 - *L'acte juridique et la politique du contrôle des naissances des obligations :*

Cette politique procède de l'ordre public, non plus politique, mais économique qui :

- d'une part altère les règles juridiques classiques ;
- d'autre part crée un droit économique moderne.

\* *Altération des règles juridiques traditionnelles :*

Il s'agit d'abord de l'altération du principe de la liberté de contracter ou non. En effet, la plupart des conventions se révèlent aujourd'hui :

- soit interdites,
- soit commandées.

*Tout d'abord, certains contrats sont défendus.*

Ainsi, sous un angle subjectif, il faut rappeler l'existence du droit de préemption qui historiquement se constate au profit :

- tout d'abord, de l'Etat ;
- ensuite, des collectivités publiques ;
- enfin, de certains preneurs (fermiers, locataires d'une copropriété).

De la même manière, sous un angle objectif, il convient de retenir que :

- d'une part, diverses conventions font l'objet d'une prohibition absolue pour des raisons de sécurité publique, ou par l'effet d'un monopole d'Etat ;
- d'autre part, de nombreux contrats sont réglementés selon un éventail qui part de la commercialisation des oeufs de poussin à couvrir jusqu'au négoce des matières nucléaires.

*Ensuite, diverses conventions apparaissent commandées.*

Ainsi, du chef des contrats aléatoires, il faut noter la multiplication contemporaine des assurances obligatoires de responsabilité civile.

De la même manière, du chef des contrats commutatifs, il convient de souligner :

- d'une part, la pénalisation du refus de vendre ;
- d'autre part, la prohibition des restrictions conventionnelles à la liberté de vendre (régime des ententes).

Il s'agit ensuite de l'altération du principe de la liberté dans la détermination du contenu du contrat.

Il suffit de ce chef de rappeler les diverses dispositions législatives destinées à protéger le salarié, le fermier, l'assuré, le consommateur, l'acquéreur d'immeubles, le locataire, l'acheteur (contrôle des prix) etc...

Le droit positif contemporain, sous l'influence de l'ordre public économique moderne, va plus loin encore ; en devenant objective, la règle contractuelle joue non seulement dans les relations des parties entre elles, mais encore à l'égard des tiers.

\* La création d'un droit économique moderne :

Ce droit nouveau s'élabore, notamment, à propos de la responsabilité des fabricants.

En effet, naissent à la charge de ces derniers, une obligation de renseignement et une obligation de garantie dont peuvent se prévaloir, non seulement leurs cocontractants, mais en outre les tiers.

Telle est l'incidence du droit économique moderne.

- II -

**DANS LE CADRE D'UN MODERNE DROIT ECONOMIQUE, LA DENATURATION DE CERTAINS ELEMENTS PATRIMONIAUX "PERSONNIFIES"**

Il s'agit, là, d'éléments patrimoniaux qui trouvent leur expression dans les propriétés incorporelles, qui sont elles-mêmes le reflet d'une propriété, non plus oisive, mais dynamique.

On remarque alors que des exploitations, par là personnifiées, peuvent :

- soit avoir la charge d'obligations ;
- soit se révéler titulaire de droit.

**A - Les obligations :**

L'existence de celles-ci à la charge d'une entreprise s'observent depuis longtemps déjà à propos de l'article L 122-12, al.2, du Code du travail.

Certes, une doctrine classique trouve le fondement de cette disposition légale dans une exception au principe de l'effet relatif des contrats posés par l'article 1165 du Code Civil.

Cependant, cette thèse traditionnelle ne vaut rien quand on constate que l'article L 122-12, al.2, du Code du travail joue au préjudice du cessionnaire d'une exploitation qui n'apparaît pas comme l'ayant cause du cédant.

**B - Les droits :**

Ils se révèlent ici remarquables que quand l'entreprise peut apparaître titulaire de droits, non seulement patrimoniaux, mais encore extra-patrimoniaux.

*a - Les droits patrimoniaux :*

Il suffit là de rappeler qu'au terme d'une jurisprudence élaborée depuis la fin du XIXème siècle le fonds de commerce, et non point le commerçant, se révèle seul titulaire des autorisations administratives d'exploiter, ainsi le droit engendré par une clause de non-concurrence.

*b - Droits extra-patrimoniaux :*

Il suffit ici de connaître les réformes dont fait l'objet le droit successoral depuis 1938 et depuis notamment la loi du 19 décembre 1961 pour s'apercevoir que le jeu de l'attribution préférentielle apparaît simplement comme la manifestation du droit de l'entreprise d'être exploitée, c'est-à-dire d'un véritable droit de la personnalité de cette nouvelle personne économique que constitue l'exploitation.

## VIOLENCE ET SOCIÉTÉ

(Conférence du 16 mars 1981)

par M. le Doyen F. BOULAN

Dans son sens étymologique la violence est l'abus de la force (1). Elle suppose que l'on renonce à la voie de la discussion, du dialogue, de la persuasion, pour imposer une volonté par la voie de la suprématie.

Les juristes diraient qu'elle est une voie de fait par opposition à la voie de droit. Mais si l'approche de ce phénomène sous l'angle juridique ne manque pas d'intérêt, notamment lorsqu'il s'agit de déterminer les conditions et les moyens de l'intervention des organes officiels de la société, cette perception reste néanmoins très limitée car le phénomène de la violence a une dimension d'ordre sociologique.

Où donc de plus naturel que de s'interroger sur les notions de violence et de société ? (2). Alors que cette dernière suppose que la vie collective des hommes soit organisée, le recours à la violence, quelle que soit sa forme, implique le non respect de cette organisation.

Bien que naturelle, une telle question recèle une grande part de défi.

Il pourrait tout d'abord s'agir d'un défi à l'espérance. En effet, si le rapprochement devait révéler que violence et société sont indissociables, que toute société est génératrice de violence ou même construite sur la violence, il serait bien décevant de vérifier comme l'écrivain Saint John Perse "qu'un grand principe de violence commande à nos moeurs".

Il pourrait aussi s'agir d'un défi à la raison, car à supposer que l'on explique les causes et les mécanismes de la violence, comment admettre que l'on ne puisse l'abolir, ou tout au moins la diminuer ?

Susciter de tels défis peut être lourd de conséquences, car la conclusion que chacun retiendra - suivant qu'il est optimiste ou pessimiste - risque de faire naître des illusions excessives ou au contraire de les faire toutes perdre.

C'est pour éviter ce genre d'écueils qu'il faut en cette matière se garder de tout excès ou systématisation. C'est à ce seul prix qu'une réflexion peut avoir un minimum de valeur scientifique. Nous vérifierons que tel n'a pas toujours été le cas.

Ce qui apparaît au premier abord c'est le caractère d'actualité de la violence (3). Il ne se passe pas de jours sans qu'elle s'étale dans les journaux et s'impose aux esprits comme une réalité. Ceci permet quelquefois de croire que le phénomène sans être tout à fait nouveau connaît une dimension nouvelle. L'observation, bien que simple, n'est pas erronée, car à l'analyse les premières évidences qui s'imposent sont à la fois l'ancienneté de la violence et l'évolution du concept de violence.

(1) E. YAMARELLOS et G. KELLENS, *Le crime et la criminologie*. Marabout Univ. 1970.

(2) BÉRNOUX, BÉROU, BLANC, CORVATON, LEGENDRE, VIAU : *Violences et société*. Ed. ouvrières, 1969.

(3) V.A. PESSIN, *Le retour à la violence*, in *Violence et transgression*, Ed. Anthropos 1979, p.6 à 8.

La violence dit-on souvent est aussi vieille que le monde. Toutes les mythologies et légendes, les cosmogonies, les recherches historiques, nous la montrent liée aux origines, accompagnant les héros et les fondateurs (1). La tradition biblique la désigne dans le premier fils d'Adam, et la plus vieille parole de la pensée occidentale s'y réfère. Héraclite estimait qu'elle engendrait tout, alors que Socrate s'en irritait. Au temps de Cicéron, la violence politique semble incrustée au plus profond du système électoral (2). Cicéron lui-même, qui en fut l'ennemi lorsqu'il vint à bout de la conjuration de Catilina, fut ensuite l'un des instigateurs de cette violence avec le tribun Milon. Il en fut enfin la victime en tombant sous les coups des hommes d'Antoine en 44 av. J.C. (3).

Si l'on passe sur quelques siècles de tumultes, on parvient à la fin du Moyen-Age dans une guerre - celle de Cent ans - dont on se demande encore aujourd'hui qui l'a gagnée. Sans doute les Français pour finir, mais certainement pas les mêmes que ceux qui commencèrent par la perdre (4). Elle fut un siècle d'affrontement et de misère pour les populations, alors que pour les combattants les intervalles ne servirent qu'à refaire des forces et constituer des alliances.

C'est ainsi que la France sort du Moyen-Age en constatant la caducité des structures féodales et en faisant du roi le comptable du sort commun.

Ce qui est remarquable, c'est que ce n'est qu'à la fin du XVIIIème siècle que le concept de violence connaît une première évolution dans la culture occidentale. L'attentat à la vie ou à l'intégrité physique de la personne, se double d'un aspect "moral" qui concerne l'attentat à la propriété et à la liberté d'autrui. Avec la Déclaration des Droits ces valeurs accèdent au rang politique, mais rien n'empêchera qu'en leur nom on exerce les pires violences.

Face à cette ancienneté et cette permanence des actes de violence ou de l'état de violence dans la société, on s'étonne que les grands philosophes de culture occidentale n'en aient pas fait un objet systématique d'étude. C'est donc bien avec Georges Sorel qu'on la trouve pour la première fois au centre d'une étude (5).

Est-il nécessaire pour le XXème siècle d'évoquer les deux grandes guerres, mais surtout les affrontements permanents et les génocides que le spectacle du monde offre en pâture aux renflements des masses saturées ?

Est-il aussi besoin d'évoquer l'augmentation de la violence criminelle, qui a fait dire à un journaliste de télévision le 18 février 1976, "La France a peur" (6).

Pourtant le phénomène de la violence, qui aurait fait depuis les origines près de quatre milliards de victimes (autant que la population actuelle de la terre), a suscité depuis une quinzaine d'années un nombre considérable d'études, à la demande de Gouvernements ou d'Institutions internationales.

Aux Etats-Unis d'Amérique, où existe une tradition qui veut que des

(1) Cf. J.M. DOMENACH, L'ubiquité de la violence, Revue Int. Sciences Sociales 1975, n° 4, p.759 ; v. également G. BALANDIER, Violence et Anthropologie, in Violence et transgression, Ed. Anthropos 1979, p.12.

(2) V. Norbert ROULAND, La violence politique au temps de Cicéron, in l'Histoire, mars 1979, n°10.

(3) V. A.W. LINTOTT, Violence in Republican Rome, Oxford, 1968.

(4) V. Jean FAVIER, La guerre de Cent ans, Fayard, 1980.

(5) Cf. DOMENACH, op. cit., p.759.

(6) V. Roger GICQUEL, La violence et la peur, Ed. France-Empire, 1977. v. égal. H.P. JEUDY, La peur et les média, PUF, La politique éclatée, 1979.



Commissions nationales soient nommées en vue d'étudier les problèmes sociaux et les explosions de violence, après la Commission Eisenhower, il y eut la Commission Johnson qui fut chargée à la fin de l'été 1967, après une période de violentes émeutes dans les principales villes des Etats-Unis, de rechercher ce qui s'était passé, pourquoi cela s'était passé et comment éviter la répétition de tels actes.

Des Commissions avec un champ d'étude variable suivant les cas, ont été créées également en Grande-Bretagne, au Canada, au Kenya, en Tanzanie, en Colombie, etc... En 1976 la France a sacrifié à cet usage étatique en créant un Comité d'Etudes sur la violence et la criminalité. Le Président de la République nommait à sa tête un ancien Ministre, académicien, Monsieur Peyrefitte, qui devait devenir peu de temps après Ministre de la Justice.

En moins d'un an était élaboré un rapport général intitulé "Réponses à la violence", et présenté au Président de la République en juillet 1977.

Sur le plan international, l'Institut de Recherche des Nations Unies sur la défense sociale, le Conseil de l'Europe, patronnaient des études sur la violence dans la société, et l'UNESCO favorisait de nombreux colloques ou comités d'experts, sur les problèmes de la compréhension internationale (1947-1956) ; de l'impact de la violence dans les moyens d'information (1970) ; de l'agressivité de l'homme (1972), des causes de la violence (1975) ; ou enfin de la lutte contre la torture (1978) (1). Ainsi, une prise de conscience nationale et internationale s'observait brusquement, sur les problèmes de la violence et de la société.

Elle correspondait en fait à une meilleure analyse et à une extension du concept même de la violence (2).

En effet, alors que pendant plus de vingt siècles on avait appréhendé la violence que dans sa forme primaire d'abus de la force contre les personnes ou leurs biens, était apparue la dimension structurelle de la violence. Elle fut mise en évidence par Johan Galtung, norvégien spécialisé dans la "Peace Research" (3). Pour Galtung, la violence structurelle est pour ainsi dire un état amorphe de violence qui est "incorporé" à la structure sociale elle-même.

C'est celle par exemple qui exploite les autres au moyen de techniques ou de règles qui ne révèlent pas les aspects d'une brutalité apparente, ni de sévices caractérisés.

Toutes les relations sociales qui entretiennent une inégalité appartiendraient à cette forme de violence : les rapports de gouvernants à gouvernés, ou les rapports de pays développés à pays sous-développés en seraient des exemples.

Dans ce dernier cas, ce qui compte ce n'est pas l'attentat à l'intégrité physique d'autrui, mais la cristallisation de structures qui provoque l'accélération du développement dans les pays développés, et l'accélération de sous-développement dans les pays sous-développés. Des indicateurs comme la disparité dans l'espérance de vie, la consommation d'énergie ou de calories par personne sont des instruments de mesure de la violence structurelle (4).

Dans le prolongement de cette théorie, une autre approche de la violence est proposée : elle est qualifiée de violence "conceptuelle" ou "rationnelle".

(1) Voir sur ces points : Rosalind FEIERABEND, Le rôle du Gouvernement dans les recherches sur la violence, *Rev. Int. Sciences Sociales*, 1978, n° 4, p.818.

(2) Voir P. FEDIDA, Le concept et la violence. Coll. 10/18 Union Générale d'Edit., 1977.

(3) Voir J. GALTUNG, Structural Theory of Imperialism, in *Journal of Peace Research*, 1971, n° 3.

(4) Cf. V<sup>o</sup> Violence, in *Dictionnaire Général des Sciences Humaines*, Ed. Universitaires, 1975.

Elle souligne la capacité d'une entité politique-structurelle **A** d'exercer sur l'entité **B** une projection de ses propres conceptions du développement et finalement de sa vision du monde.

En fait, il ne s'agit, on le voit, que de la dimension culturelle de la violence structurelle développée par Galtung.

Il apparaît en définitive que si la violence est ancienne, elle est aussi multiforme. Aussi, il semble aujourd'hui que l'on ne puisse plus parler de violence, sans considérer qu'elle peut être criminelle, sociale, économique, politique, structurelle, culturelle, etc.. La diversité des manifestations de violence a sans doute étendu le concept, mais elle permet également des approches différentes en fonction de l'adjectif qui accompagne la forme de violence étudiée (1).

Si l'on tente cependant d'aborder le problème dans sa globalité pour le confronter au concept même de société, la question fondamentale qui se pose est celle de savoir si une société sans violence est concevable. La violence telle qu'on la conçoit habituellement exige sans doute des rapports sociaux (2), mais pourquoi toute organisation sociale ferait-elle une place à la violence ? L'expérience des siècles passés ne laisse à priori guère d'espoir de découvrir les règles de cette société idéale.

Mais alors, une autre question plus concrète et raisonnable apparaît : s'il n'est pas possible de faire disparaître totalement la violence, n'est-il pas au moins possible de la diminuer ? Quelle que soit la forme de violence considérée on entend souvent proclamer par les autorités qu'il faut la combattre, mais par quels moyens peut-on réellement y parvenir ?

## I - PEUT-ON CONCEVOIR UNE SOCIÉTÉ SANS VIOLENCE ?

Violence et société sont-elles dissociables l'une de l'autre ? La question se pose et certains auteurs répondent positivement. Ils pensent que la violence - au moins la violence criminelle - pourrait disparaître. Mais leurs théories, ou même leurs plans - car certains en soutenant l'idée proposent un plan de mesures - ne sont-ils pas la négation même du concept de société, ou la négation de l'homme ?

Quelles sont tout d'abord les théories qui proposent des sociétés sans crime ou sans violence ?

Les plus modernes sont apparues aux Etats-Unis entre 1946 et 1950. Donald Taft a proposé (3) un modèle de "société sans crime".

Taft estime que les remèdes traditionnels proposés pour la prévention du crime, ne peuvent conduire qu'à des réductions partielles et temporaires du taux de criminalité : la répression, le traitement, la clinique, les classes spéciales pour anormaux mentaux, etc... ne peuvent extirper la criminalité

(1) Voir R. GIRARD, La violence et le sacré, Livre de Poche, Grasset, 1972 ; F. CHIRPAZ, Enjeux de la violence. Essai sur R. GIRARD, Dossiers Libres, CERF, 1980 ; J. LEAUTE, Notre violence. Regards sur le monde, Denoel 1977 ; F. HACKER, Aggression, violence dans le monde moderne, Calman-Lévy 1972 ; SCRIVENS, BULTHE, RENARD, La violence dans les prisons, Bruylant, Bruxelles 1978 ; G. TORDJMAN, La violence, le sexe ... et l'amour, Laffont, Coll. Réponses, 1980.

(2) On exclut les violences contre soi-même.

(3) dans un ouvrage intitulé : Criminology : a cultural interpretation, New-York 1950.

à la racine (1). Pour parvenir à une société sans crime, il faudrait faire disparaître les causes profondes de la criminalité.

Il propose dès lors, une société statique, car les changements sociaux sont cause d'inadaptation.

- une culture homogène pour éviter les conflits de culture ;
- d'éviter les excès de concurrence et l'appétit de profit, afin d'éviter les inadaptations que sont l'échec, le taudis, la lutte pour le profit, etc...

Il faudrait à l'inverse, restaurer la culture personnalisée d'autrefois.

- adopter une morale puritaine, ou bien adopter une nouvelle morale laissant à chacun une grande liberté, sexuelle notamment !

- mais surtout considérer le délinquant comme un produit, et non pas comme un responsable individuel, tout en lui demandant de rendre compte de ses actes.

Avant de proposer son projet Taft admet qu'un tel remaniement des institutions rencontrerait de graves difficultés ; puis après l'avoir exposé, il indique qu'au fond ce n'est pas au criminologue (à lui) qu'il appartient de dire ce qu'il faut retenir et ce qu'il faut rejeter. Cette tâche incomberait aux responsables politiques.

Un autre auteur, Paul Alinski, a également proposé un projet d'élimination de la criminalité et de la violence (2).

Il critique notamment les conseils communaux, qui ne font pas ce qu'il faut pour lutter contre les causes de la criminalité. A la place il envisage la création d' "organisations du peuple" qui comprendraient des citoyens, mais aussi des représentants d'institutions collectives : le syndicat, l'église, l'industrie, le club, etc...

Ces organisations locales se regrouperaient en une fédération nationale, pour constituer un groupe de pression efficace, car l'objectif essentiel serait d'améliorer la condition de chacun en conduisant une action politique en ce sens.

Mais encore une fois, après avoir exposé son projet, l'auteur retient qu'une collectivité, même nationale, n'est pas absolument autonome, indépendante des phénomènes extérieurs, et qu'en conséquence il n'est pas certain de l'effet de cette organisation sociale sur la criminalité.

Le moins que l'on puisse dire c'est que ces théories ne sont pas très convaincantes, puisqu'elles n'ont pas convaincu leurs auteurs.

Galtung trace à son tour la voie à suivre pour parvenir à une société de paix : pour que toute sorte de violence directe ou structurelle disparaisse, il estime que l'on doit instituer une égalité parfaite par extinction de toute relation hiérarchique et de toute différence.

Indépendamment de la question de savoir si une telle proposition est concevable ou pas, on observe qu'elle ne correspond pas aux aspirations profondes des groupes qui s'estiment dominés. Ces groupes revendiquent aujourd'hui le droit à la différence, et non l'identité, même sous prétexte d'égalité.

Au delà, on observe que ces théories sont loin d'avoir eu l'impact de la théorie marxiste, qui est elle aussi dans son stade ultime, une proposition

(1) Cf. SUTHERLAND et CRESSEY : Principes de Criminologie, Cujas 1966, p.648.

(2) Reveille for Radicals. University of Chicago Press, 1946 ; Voir extraits in SUTHERLAND et CRESSEY, op. cit. pp.649-650.

de société sans violence.

Ayant usé tout d'abord de la violence pour anéantir le capitalisme, puis ayant atteint l'égalité qui ne justifie plus la lutte des classes, le stade ultime est représenté par l'absence de nécessité d'un recours à la violence. Si l'histoire et l'observation nous apprennent que le stade initial s'est réalisé dans certains pays - est-il achevé ? - il est évident aussi que le stade ultime n'a jamais encore été atteint.

Mais ces théories ont-elles quelques chances de se réaliser ?

Les changements structurels, économiques, politiques, sociaux et culturels sont-ils susceptibles de dissocier violence et société ?

Si l'on abandonne le terrain de l'utopie, on constate, à la lumière de données plus scientifiques, que la société sans violence est irréalisable.

Pourquoi ce constat pessimiste ?

Il y a à cela deux raisons :

- tout d'abord la violence est inhérente à la nature humaine ;
- d'autre part elle est inhérente à toute vie sociale où elle est à la fois un facteur de création et de destruction des sociétés.

Tous les auteurs qui se sont attachés à l'étude de la violence estiment que l'agressivité est inhérente à l'homme. Or, la violence est une expression de cette agressivité (1).

Les bases anthropologiques de l'agressivité sont multiples.

Une vision biologique de l'homme, s'appuie sur le fait que l'agressivité est alimentée par les hormones.

Pour sa part, Konrad Lorenz (1969) estime que les instincts constituent une motivation suffisante à l'action. L'instinct d'agressivité est une force qui se déchaîne en nous et trouve son issue par des actes de violence individuelle ou collective.

D'autres fondent cette agressivité sur une base sémiologique : les systèmes de communication, le langage, jouent un rôle capital dans le déclenchement et le contrôle de l'acte violent. Dès lors, le fait de ne pas connaître ou de ne pas comprendre les intentions de son interlocuteur contribue à le percevoir comme hostile ou adversaire. On rejoint alors un thème connu : le défaut de communication entre humains ou entre groupes ou collectivités est un facteur favorisant le déclenchement des actes de violence.

Plus surprenant paraît le fait d'attribuer la violence à un mécanisme d'ordre moral, ainsi que l'explique Annah Arendt (2). La fureur et la violence provoquées par l'indignation seraient preuve d'humanité. La faculté morale constituerait la particularité unique de l'être humain dans le monde animal.

Enfin, les explications psychologiques, comme celle par exemple du criminologue Etienne de Greef qui met en évidence l'approbation qu'une réaction de violence peut rencontrer dans une personnalité, ou encore l'explication psychanalytique de Freud, suivant laquelle les réactions agressives sont directement liées aux frustrations que connaît l'enfant, concourent à parachever la conclusion : l'agressivité est inhérente à l'homme. Son expression qui est la violence est donc indissociable de l'individu.

Mais la violence est également un phénomène sociétaire.

(1) Voir sur ces points : Denis Szabo, Agression, violence et systèmes socio-culturels : essai de typologie, Rev. Sc. Crim. 1976, p.377.

(2) Du mensonge à la violence. Calman-Lévy, Paris 1972.

La première caractéristique de la vie en société est la contrainte : toute société oblige ses membres à un certain nombre d'actes extérieurs. Durkheim affirmait que le caractère contraignant était le critère de reconnaissance du fait social.

*"Un fait social se reconnaît au pouvoir de coercition externe qu'il exerce ou est susceptible d'exercer sur les individus, et la présence de ce pouvoir se reconnaît à son tour soit à l'existence de quelque sanction déterminée, soit à la résistance que le fait offre à toute entreprise individuelle qui tend à lui faire violence" (1).*

Cette constatation n'est pas nouvelle. Hegel fut probablement le premier philosophe à associer la violence à l'histoire et à la genèse des sociétés. On sait même que l'analyse hegelienne conduit à distinguer la bonne et la mauvaise violence, en fonction des forces historiques qui la soutiennent. Marx et Engels estimèrent que la mauvaise violence était celle de la bourgeoisie, alors qu'à l'opposé Sorel estimait que la force est bourgeoise et la violence prolétarienne. Gandhi lui-même qui prônait la non-violence, faisait une place à la violence juste.

Sans magnifier la violence, d'autres reconnaissent une vertu fondatrice à la violence (2). Toute société incorpore la violence. *"La violence est assumée par le sacrifice, le rituel, l'orgie, la parole... elle participe d'une manière fonctionnelle à la restauration de l'harmonie, au développement collectif" (3).* La violence ne serait en fait qu'une expression paroxystique du désir de communion. Elle serait le cri des muets (effritement des enceintes du dialogue social) ou le cri des perdus pour lesquels le jeu social est inintelligible (4).

On voit à quel point une société sans violence paraît utopique tant la violence semble inhérente à l'homme et aux rapports qu'il entretient avec ses semblables. A-t-on d'ailleurs jamais connu une société où toutes formes de violence seraient exclues ?

Mais puisqu'il n'est pas raisonnable d'envisager la disparition de la violence, ne peut-on au moins la diminuer ?

## II - DIMINUER LA VIOLENCE

Si l'on veut orienter une réflexion sur la diminution de la violence encore faut-il (au préalable) faire l'analyse de la société dans laquelle le phénomène se développe. Or, ce qui est frappant c'est que la conscience que l'on a de la violence est nouvelle par sa dimension sans que celle-ci présente vraiment de nouveauté.

On constate en effet, en France, que depuis la fin de la deuxième guerre mondiale le nombre des homicides n'a pas augmenté. Il se situe aux alentours de cinq cents par an. On observe en revanche une augmentation sensible des petites agressions violentes, qui ne justifieraient pas elles-mêmes

(1) Les règles de la méthode sociologique. PUF, Paris 1903, 15e éd. p.11 ; V.J. CARBONNIER, Sociologie Juridique, Collect. U, 1972, p.130-131 ; Collect. Themis, 1978, p.187.

(2) Cf. Michel MAFFESOLI, La violence fondatrice, 1978 - La violence ou le désir collectif, in Violence et transgression, Ed. Anthropos 1979, p.171 ; v. également A. PEYREFITTE, Les chevaux du Lac Ladoga, p.230.

(3) MAFFESOLI, op. cit. p.196.

(4) Voir Réponses à la violence, Rapport, I I, p.150 ; V. Catherine BALLF, La menace en langage de violence. Ed. du C.N.R.S. 1976. Préface A. DAVIDOVITCH

l'importance actuelle que l'on prête au phénomène de la violence (1). Pourtant, depuis les années 1970, s'est développé dans la société française un "sentiment d'insécurité". Ce sentiment est par définition de nature subjective, et ceux qui l'ont mis en évidence reconnaissent volontiers qu'il ne repose pas sur des bases statistiques ou objectives.

Lorsque par voie de sondages, on interroge les français, on constate qu'un très faible pourcentage d'entre eux a été directement concerné par la violence ou même indirectement dans le cadre de sa famille. L'importance moderne du phénomène ne tient donc pas à sa nature quantitative (que l'on ne peut nier, mais qui intéresse surtout les criminologues), mais à sa nature qualitative qui ne se limite pas à la violence criminelle.

Les causes individuelles ou structurelles, notamment les difficultés économiques, que l'on attribue au développement de ce sentiment d'insécurité, exigent en réalité d'être intégrées dans une analyse plus profonde, pour rechercher si la société française n'a pas changé sinon de nature au moins de type, et si actuellement, elle ne s'identifie pas à ce que l'on peut appeler une "société partiellement intégrée" ?

Pour répondre à cette question on peut se référer à un essai de typologie des sociétés où trois catégories ont été distinguées (2).

La société intégrée tout d'abord est celle qui repose sur des valeurs qui sont en accord avec les moeurs. L'ensemble des normes de conduite qui représentent la culture peut être l'expression d'un système de valeurs cohérentes, discriminant notamment entre conduite approuvée, acceptée, tolérée ou réprouvée.

A l'opposé, on trouve le modèle de société non intégrée où les moeurs très variées correspondent à des genres de vie opposés qu'épousent des groupes ou catégories sociales qui composent ces collectivités. Une telle société enferme ce que l'on a appelé des sous-cultures, c'est-à-dire des systèmes de normes de conduite prescrites aux membres du groupe, et différentes du système normatif de la société envisagée. Les auteurs qui ont souligné l'importance de cette notion de sous-culture, comme Ferracuti et Wolfgang (3) soulignent que la violence est l'une des normes de la sous-culture, qu'elle devient une manière de vivre, et une manière rapide et fréquente de résoudre les problèmes quotidiens.

Enfin, le modèle intermédiaire est constitué par la société partiellement intégrée. Le système social présente les caractéristiques d'une complexité élevée ; une telle société de haut niveau de développement technologique n'exclut pas l'existence de systèmes sous-culturels. Sans qu'il y ait des contradictions fondamentales entre les valeurs et les normes, il y a plutôt des incertitudes quant aux choix à effectuer. Cela conduit à une diminution de la motivation de bien faire et donc un affaiblissement de la fibre morale des membres de cette société. L'érosion des certitudes morales conduit à une tolérance accrue de toutes les conduites déviantes. Le recours aux moyens violents pour se faire justice dans le règlement des différends, devient alors plus fréquent dans ces types de sociétés pluralistes partiellement intégrées. Ceci n'empêche pas que le sentiment de légitimité du pouvoir demeure

(1) Voir Denis SZABO, op. cit., Revue de Sciences Criminelles 1976, p.390.

(2) Cf. Denis SZABO, Agression, violence et systèmes socio-culturels : essai de typologie. Revue de Sciences Criminelles 1976, p.383 et suiv.

(3) The subculture of violence. Londres-New-York, Publication Tavistock 1967 ; A. COHEN, Delinquent boys : the culture of the gang. N.Y. Free Press, 1955.

assez fort. Bien que cette légitimité ne soit pas contestée dans son principe l'application des lois est critiquée plus que les lois elles-mêmes. Le recours à la violence, légalisée par le monopole consenti aux pouvoirs publics, devient plus malaisé. L'hésitation et le doute s'emparent des membres d'une telle société.

Alors que pendant les vingt-cinq années qui suivirent la guerre, la société française a pu s'assimiler à une société intégrée, on ne peut pas ne pas la reconnaître dans le dernier modèle exposé.

On observe en effet une diminution générale du sentiment de solidarité et du sens moral. La défense d'intérêts collectifs se présente presque toujours sous l'aspect catégoriel. La diminution du sens moral se traduit par l'admission implicite de certaines transgressions non violentes (non respect de certaines règles de conduite routière ; stationnement sauvage ; fraude fiscale ; etc...). Le recours aux moyens violents pour se faire justice se pare de légitimité en substituant le jugement personnel au jugement des organes de justice officielle. L'intolérance à la violence génératrice de peur justifie l'auto-défense. Les lois elles-mêmes sont presque systématiquement discutées dans leur application ; elles le sont de plus en plus dans leur conception. La légitimité du pouvoir n'est pas remise en cause, mais l'usage de la contrainte par le pouvoir est critiqué. Ce n'est qu'avec mauvaise conscience que les autorités ont recours aux moyens de coercition que la loi permet (1).

Ainsi on constate que sur beaucoup de points ce type de société partiellement intégrée installe le doute et l'hésitation. Le choix des actes anti-sociaux n'apparaissant pas clairement, on assiste à une justification de plus en plus répétée de certaines formes de violence. Les auteurs qui analysent ce modèle constatent que la majorité des sociétés ayant un régime de démocratie politique et parfois sociale et économique, correspondent à cette société partiellement intégrée.

Il est vrai que la prise de conscience du phénomène de violence correspond paradoxalement aux progrès de l'esprit démocratique. A partir du moment où chacun est appelé au statut de citoyen, où est reconnu son droit à la liberté et au bonheur, le phénomène de violence est en rapport avec ces valeurs (2). S'ajoute à elles très souvent l'aspiration à conserver les acquis, c'est-à-dire le droit à la sécurité. Celle-ci est due en effet par ceux qui détiennent le pouvoir, sans que cette sécurité entraîne de contrepartie pour soi.

Dès lors, face à un tel faisceau d'inter-réactions, comment peut-on espérer diminuer la violence ?

Il faut rappeler d'abord que la violence délinquante n'a pas la part qu'on lui attribue dans le développement du sentiment d'insécurité des français.

L'auteur des "Réponses à la violence" le souligne lui-même dans son dernier ouvrage : "Les chevaux du Lac Ladoga" (op. cit., p.260). Le sentiment d'insécurité écrit-il "n'est pas seulement l'effet de la violence délinquante, phénomène tout de même marginal, mais aussi celui de l'agressivité entretenue par une vie quotidienne éprouvante. La nervosité, la pression traumatisante des rythmes urbains, les perturbations liées à la fragilité économique, la crainte du changement, l'écho des menaces de guerre se mêlent aux fins de mois difficiles et aux fatigues du travail, pour créer un malaise dont

(1) Pour les Etats-Unis, V. Peter EVANS, The protest virus. 1974.

(2) N'est-ce pas au nom de telles valeurs que les "squatters" de Berlin remettent en cause la société qu'ils qualifient "de cochons" en prétendant qu'elle n'est animée que par la recherche du profit.

*l'agressivité et la peur sont les premiers symptômes*". La lutte contre la violence délinquante ne doit pas être négligée, mais elle ne **résout** pas à elle seule le recours à la violence. Il est clair pour nous que ce n'est pas une simple réforme législative qui permettrait de réprimer plus sévèrement les actes de violence, qui **résoudra** le problème.

Les réponses à la violence sont plus complexes. Sans prétendre les détenir toutes, on peut néanmoins en évoquer quelques unes.

1 - La recherche d'une nouvelle adhésion aux valeurs fondamentales d'un groupe doit être systématisée comme un facteur essentiel de cohésion sociale.

1 - Le développement de structures de communication doit simultanément et systématiquement être institué pour parvenir au règlement pacifique des conflits. L'institution du conciliateur ou du médiateur va sans doute en ce sens. Mais de telles structures sont insuffisantes si elles ne parviennent pas à expliquer aux individus le pourquoi de leurs difficultés sans pour autant se substituer à eux pour les surmonter (1).

L'influence des mass-media n'étant plus à démontrer, leur action d'information ne serait pas altérée s'ils évitaient de présenter, les cas inévitables de violence dans une société de plusieurs dizaines de millions d'individus, comme le sort commun (2).

L'égalité des individus, doit se distinguer de l'uniformité. Le droit à la différence traduit cette aspiration profonde pour éviter d'aboutir à l'Homme unidimensionnel que dénonçait Marcuse.

Si l'histoire nous révèle que la violence permanente dans les sociétés a présenté cycliquement des périodes de fièvre, c'est parce qu'entre-temps apparaissaient des périodes où les hommes étaient plus "civilisés". Norbert Elias, qui est né en Allemagne à la fin du siècle dernier, révèle dans une étude publiée en 1939 sur "le processus de civilisation" qu'en inventant la Société de Cour, et en disant "l'Etat c'est moi", Louis XIV a voulu pacifier les Nobles et domestiquer les passions. La civilisation consiste pour lui à remplacer la violence sociale par la contrainte individuelle et librement consentie. L'autocontrôle, qui était une nécessité de la vie de Cour a été un facteur d'apaisement de la violence.

Le contrôle social qui s'exerce toujours, notamment dans les sociétés rurales, même s'il est plus atténué qu'autrefois, n'est-il pas la projection de cette idée ? Il n'est dès lors pas étonnant qu'à l'intérieur des sociétés les villes apparaissent comme des lieux privilégiés de violence, étant donné l'absence, à cause de l'anonymat, de l'auto-contrôle et du contrôle social (3). Le développement de communautés (sportives, culturelles, etc...) au sein des villes apparaît à certains comme l'une des possibilités de diminution de la violence (4), par la satisfaction d'un vouloir vivre collectif (5).

(1) Violence and responsibility : the individual, the family, and society. Ed. R.Sadoff, 1978.

(2) V. NOBLE GRANT, Children in front of the small screen, 1975 ; D. HOWITT and CUMPERBATCH, Mass Medias, violence and Society, 1975.

(3) H. COING, Ch. MERNIER, Insécurité urbaine ? une arme pour le pouvoir. Ed. Anthropos 1980.

(4) J. FREUND, La violence dans ses rapports avec la ville et les communautés. in Violence et transgression, Anthropos 1979, p.35.

(5) M. MAFFESOLI, La violence ou le désir du collectif. Ed. Anthropos 1973, p.171 et suiv.



Même si ce faisant on ne parvient pas à la supprimer, il est possible de domestiquer la violence.

La société utilise la force pour combattre la violence dans le cadre des lois et règles (1). La mauvaise politique étant celle qui en fait un usage arbitraire, contre les citoyens que l'Etat a pour rôle de protéger. Il est impératif en tout cas, que l'ensemble de ces facteurs de régulation sur le plan interne comme sur le plan des relations internationales, soit utilisé pour apaiser les différends entre les individus et les sociétés. L'image des chevaux affolés par le feu qui courent se jeter dans le Lac de Ladoga où ils furent emprisonnés par le gel, souligne à quel point le réflexe d'un être apeuré et fougueux, surtout en groupe, peut le pousser à des actes insensés.

Dans le monde occidental en tout cas, on peut admettre que dans l'ensemble, la société est passée du stade du besoin d'avoir au stade du besoin d'être : cette considération générale semble essentielle si l'on veut que la violence ne domine pas la société.

---

(1) W.J.M. MACKENZIE, Pouvoir, violence, décisions. PUF, Sociologie d'aujourd'hui, 1979.

**SYSTEME ET DROIT**

(Conférence du 23 mars 1981)

par M. le Professeur R. GASSIN

**Introduction**

I. "Système et droit" : voilà un sujet bien mystérieux. Je suis sûr que plus d'un parmi vous a dû se demander de quoi j'allais vous parler sous ce titre ésotérique. Certains ont même pu imaginer les choses les plus bizarres, du type "système D" ou autre. Car si tout le monde sait ce que c'est que le droit - ou du moins est présumé le savoir - par contre la notion de "système" est probablement étrangère à à peu près tout le monde ici présent pour ne pas dire à tous.

Pour lever un coin du mystère, je dirai que ma conférence a pour objet de vous exposer ce que la connaissance et la compréhension du droit peuvent gagner à recourir à la notion de "système" et à la méthode d'analyse fondée sur cette notion que l'on appelle "l'analyse systémique". Il faut savoir en effet qu'il existe dans le champ de la science contemporaine un concept synthétique très important, le concept de système, qui s'est révélé extrêmement fécond pour améliorer la connaissance des phénomènes étudiés. Ce concept est couramment utilisé dans les sciences de la nature, de la physique à la biologie. Il a également pénétré dans les sciences humaines. C'est ainsi par exemple que les économistes emploient couramment la notion de système économique et ont même créé un cours intitulé "Systèmes et structures". De même, nos collègues spécialistes de science politique y recourent de plus en plus fréquemment. En particulier le professeur Lavroff a publié récemment dans la collection des Précis Dalloz un ouvrage intitulé "Système politique français" qui applique à l'étude de notre régime politique la méthode d'analyse inspirée par la théorie systémique. Les juristes semblent être les seuls à ne pas s'être occupés d'analyse systémique. On ne voit pas pourquoi ils persisteraient à s'enfermer dans cette splendide ignorance. Le but de la présente conférence est d'essayer précisément de les inviter à en sortir.

II. Pour introduire le sujet, nous partirons d'une distinction banale que l'on apprend dès les premiers cours de première année de DEUG, à savoir que le Droit est à la fois un Art et une Science.

Le Droit est un **art** : il est l'art de résoudre les conflits d'intérêts entre les hommes, les groupements et l'Etat lui-même, en posant des règles de conduite sanctionnées par la contrainte de l'autorité publique. Dans les systèmes legalistes, comme le système français, la règle est posée par le législateur, les tribunaux ayant en principe pour seule fonction d'en assurer l'application ; dans les systèmes de common law, c'est le juge lui-même qui crée la règle ou la consolide avec le système des "précédents" ; mais, dans les deux cas, on a affaire à l'exercice d'un Art qui, comme toute activité artistique, suppose à la fois habileté et imagination. En tant qu'art, le droit échappe à la théorie des systèmes car celle-ci est un outil d'analyse scientifique et non un instrument d'action sur le terrain. Il convient toutefois de remarquer que l'Art du Droit est aujourd'hui susceptible de perdre le parfum de fantaisie et de romantisme qui en faisait jadis le charme. Les mathématiciens ont en effet mis au point des théories qui pourraient bien

un jour - qui n'est pas si lointain qu'on pourrait le croire - faire entrer les choix législatifs et les décisions judiciaires dans l'orbite des sciences exactes. Il s'agit d'une part de la "**théorie des jeux**" qui détermine les comportements qui seront adoptés par les acteurs au cas d'action sur eux de "forces" antagonistes et d'autre part de la "**théorie de la décision**", qui étudie les choix possibles dans les diverses sortes d'alternatives. Grâce à l'ordinateur, on pourrait ainsi substituer aujourd'hui à l'empirisme et à l'approximation des législateurs et des juges, des mécanismes de solution probablement plus satisfaisants. **Il ne s'agirait cependant pas pour autant d'analyse systématique**, bien que la théorie des jeux et la théorie de la décision soient aussi utilisées comme nous le verrons par la théorie des systèmes.

Lorsqu'en revanche on considère le droit comme une **science**, c'est-à-dire un ensemble de connaissances susceptibles d'analyse et d'interprétation - à savoir cet ensemble que forment les règles de droit créées par le législateur et les décisions rendues par les tribunaux - ici le recours à la notion de "système" et à "l'analyse systématique" sont susceptibles d'être d'une grande utilité.

### III. Pour le comprendre, il n'est pas sans intérêt de se référer à l'**étude des diverses méthodes de la discipline du droit**.

Dans leurs "Leçons de droit civil", les Mazeaud distinguent à cet égard entre trois sortes de méthodes : les méthodes dans la recherche d'une règle de droit plus juste, les méthodes dans l'application et l'interprétation des règles du droit positif et les méthodes d'enseignement de la règle de droit. **Les deux premières** ne nous intéressent pas ici car elles ont trait à l'Art du Droit, plutôt qu'à la Science du Droit. On peut d'ailleurs remarquer à cet égard que, quelle que soit la méthode d'interprétation retenue (méthode classique de l'exégèse, ou méthodes modernes du but social, historique et de la libre recherche scientifique), la règle de droit y est généralement considérée comme une sorte d'atome isolé dans l'ensemble de la réalité juridique et dont il s'agit de déterminer le contenu, ce qui est le contraire même de l'approche systémique.

**L'étude de l'évolution des méthodes d'enseignement de la règle de droit** est en revanche fort intéressante.

Les Mazeaud observent à cet égard :

"La promulgation des grands codes au début du XIX<sup>ème</sup> siècle, spécialement du Code Napoléon, a eu pour résultat de conduire les juristes à enseigner le droit sous forme de simples commentaires de ces codes ... L'enseignement consistait à commenter les articles du Code les uns après les autres, sans chercher une construction d'ensemble fondée sur un plan rationnel". Cette méthode atomistique est encore bien souvent utilisée dans certains pays étrangers, notamment dans les pays anglo-saxons. En France, on y a progressivement renoncé depuis qu'Aubry et Rau ont montré la voie d'une nouvelle approche du droit. "Peu à peu, écrivent à ce sujet les Mazeaud, un plan général d'étude de l'ensemble du droit civil a été tracé ; chaque institution a été mise en place ; des idées générales ont été dégagées". Ainsi, les enseignements dont on peut prendre nettement conscience, quand on transcrit sous forme de tableau synoptique les tables des matières longues et détaillées des manuels. Le terme de "système" a lui-même fait son apparition sous la plume de certains auteurs. C'est ainsi notamment que M. Carbonnier parle dans son manuel de droit civil des principaux systèmes juridiques et du système juridique

français. De son côté M. René David a intitulé son manuel de droit comparé publié dans la collection des Précis Dalloz : "Les grands systèmes de droit contemporain". On s'aperçoit ainsi que les juristes ont acquis depuis assez longtemps une intuition plus ou moins confuse que le Droit était susceptible de constituer un "système".

Il faut toutefois remarquer qu'il ne s'agit là que d'une démarche très générale, habituellement dépourvue de toute rigueur authentiquement scientifique. On peut observer en effet que les constructions que nous élaborons pour dispenser nos enseignements sont des constructions très empiriques, fondées beaucoup plus souvent sur des impressions ou des suppositions, que sur une analyse rationnelle véritablement rigoureuse de la société juridique. De là le fait que souvent deux cours portant sur le même programme mais faits par deux professeurs différents, apparaissent comme totalement étrangers l'un à l'autre. Je sais bien que "l'ennui naquit un jour de l'uniformité" et que la diversité a ses mérites, mais on ne peut pas ne pas se poser de questions sur l'excès de subjectivisme qui en résulte. Quant à l'emploi du terme "système", c'est le plus souvent une simple couverture : on chercherait en vain à l'intérieur, ce qui ressemblerait vraiment à l'exposé d'un système. De ce fait, l'utilité du recours à la notion de "système" et à l'analyse systémique est d'introduire dans la connaissance et la compréhension du droit une objectivité et une rigueur jusque là inconnues.

Mais ce n'est pas tout. L'ambition d'une science ce n'est pas en effet seulement d'expliquer mais aussi, et peut-on dire surtout, de prévoir ce qui se passera dans l'avenir. Or, on peut imaginer que quand l'approche systémique du droit se sera véritablement développée, il deviendra aussi possible de prévoir les évolutions jurisprudentielles. On rejoint ici en partie ce que je disais au début de cette conférence au sujet des transformations probables de l'Art du droit sous l'influence de la théorie des jeux et de la théorie mathématique de la décision.

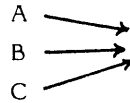
Mais pour l'instant, l'application de l'analyse systémique au Droit est à ma connaissance encore dans les limbes, pour ne pas dire inexistante. Tout au plus peut-on citer une thèse de doctorat soutenue devant l'Université de Paris II, le 19 décembre dernier, par M. Indjessiloglou sous le titre : "L'apport de l'analyse systémique dans le domaine juridique" (Le Monde du 17 décembre 1980).

Aussi je vous exposerai la façon dont je vois les choses personnellement à partir de la connaissance que j'ai de la théorie générale des systèmes. A cette fin, je pense qu'il est souhaitable de commencer par exposer la **notion de système** avant d'en venir à son **application à la connaissance du droit**.

J'ajoute que les exemples que je donnerai dans ma première partie pour illustrer les divers aspects de la notion de système sont pris intentionnellement **en dehors du** domaine du droit. C'est dans la deuxième partie de ma conférence seulement, que j'illustrerai mes propos avec du Droit et j'ai choisi à cette fin le droit de la filiation, parce qu'il est étudié dès la première année, et doit par conséquent être intelligible par tous les étudiants présents.

## Première Partie : La notion de système

La notion de système est une notion récente. Elle est née de l'impuissance de la conception classique d'explication des phénomènes, appelée conception de la "causalité linéaire".



On s'est aperçu en effet que c'était là une représentation simpliste de la causalité qui ne correspond pas à la réalité. Dans la réalité, les divers facteurs d'un phénomène sont en interaction les uns avec les autres et subissent eux-mêmes, à leur tour, l'effet du phénomène qu'ils ont d'abord engendré. C'est ce que l'on appelle le mécanisme de la "causalité circulaire".

Il a fallu alors chercher un modèle susceptible de rendre compte de la réalité de la causalité. Ce modèle a précisément été trouvé dans la **notion de système**.

Ce modèle, chaque science l'a d'abord cherché séparément en fonction de ses propres besoins, certaines employant le terme même de système. Il est cependant arrivé un moment où l'on a confronté les divers modèles utilisés dans les diverses disciplines et l'on s'est alors aperçu qu'ils se ressemblaient beaucoup. C'est ainsi qu'est née la théorie générale des systèmes, dont l'inventeur est un américain d'origine allemande, Von Bertalanffy, professeur de biologie à l'Université de l'État de New-York, et auteur d'un ouvrage publié chez Dunod en 1973 sous le titre même de "Théorie Générale des Systèmes".

Cette théorie dont les premiers linéaments ont été esquissés dès 1925 n'a vraiment connu son développement qu'à partir des années 50. Il s'agit d'ailleurs moins d'une véritable théorie systématique que d'une méthode spécifique d'approche des problèmes qui utilise des instruments très divers, mais dont beaucoup sont des théories mathématiques ou s'appuyant sur les mathématiques : théorie des ensembles, théorie des graphes, théorie des réseaux, cybernétique, informatique et théorie de la stimulation, théorie de la décision, théorie des files d'attente, etc... C'est précisément ce recours aux instruments mathématiques qui en fait la valeur, en même temps que la difficulté pour des juristes dont il est bien connu que la culture mathématique confine souvent à l'analphabétisme.

Nous n'allons pas évidemment nous lancer dans des développements trop compliqués et nous excluons les références aux formules mathématiques.

Cela étant précisé, on peut dire que réduite à l'essentiel, la notion de système se présente comme un modèle de base très simple, sur lequel viennent se greffer des enrichissements divers. Nous allons précisément exposer le modèle de base (A) puis nous indiquerons les enrichissements utiles à l'objet de notre seconde partie, l'application de la notion de système à la compréhension du droit (B).

### A - Le modèle de base

Le modèle de base résulte de la définition même du système. Qu'est-ce qu'un système ? C'est un **ensemble d'éléments en interaction les uns avec les autres, c'est-à-dire entretenant entre eux des relations spécifiques**.

Exemple : le corps humain. Il répond à la définition d'un système car c'est un ensemble d'organes divers : tête, tronc, membres, etc... qui entretiennent entre eux des relations bien déterminées, la tête dirigeant l'ensemble, les jambes servant à le mouvoir, etc...

Quand on analyse la définition du système qui vient d'être donné, on y relève deux aspects essentiels :

- 1 - Le système est formé d'une pluralité d'éléments ;
- 2 - Ces éléments forment un complexe où chacun d'eux est en interaction avec les autres.

**a - Le système est formé d'une pluralité d'éléments**

A la base de tout système, il y a des éléments. On ne conçoit pas de système sans éléments. Les mathématiques connaissent certes les ensembles vides, mais la théorie des systèmes ne connaît pas de systèmes vides. Bien mieux, elle ne connaît pas non plus le singleton ou ensemble comprenant un seul élément. Le système le plus élémentaire suppose au moins deux éléments.

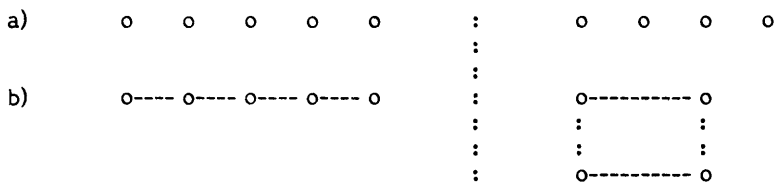
A l'autre bout de la chaîne, on n'admet pas non plus qu'un système puisse comporter un nombre infini d'éléments. Ici aussi la théorie des systèmes se différencie de la théorie mathématique des ensembles qui admet des ensembles infinis. Tous les systèmes sont finis, en ce sens que si nombreux que soient les éléments qui les composent, ils doivent toujours être en nombre déterminé, sans quoi il n'y aurait plus de système.

Ces quelques indications montrent que la première tâche de l'analyse systémique consiste à **dénombrer** les éléments qui composent le système et à en préciser la **nature**. Mais au-delà de cette première opération, l'analyse systémique doit aussi et surtout rechercher **les relations** qui existent entre les divers éléments du système, car un système est aussi une combinaison.

**b - Le système est avant tout un complexe d'éléments en interaction**

Ce second aspect de la définition du système entend mettre en évidence cette idée qu'un système, ce n'est pas une juxtaposition d'éléments, mais un **véritable complexe organisé**. Il y a certes à la base de tout système une pluralité d'éléments en nombre fini, mais ces éléments ne sont pas étrangers les uns par rapport aux autres : ils forment un complexe organisé d'une certaine manière.

Un exemple graphique très simple illustrera cet aspect essentiel de la notion de système.



Les deux figures présentées en a) sont de simples juxtapositions d'éléments, ce ne sont pas des systèmes. On peut les additionner, mais elles ne se combinent pas en un complexe d'éléments, faute d'interactions entre ces derniers.

Par contre, les figures décrites en b) sont des systèmes, élémentaires certes, mais des systèmes tout de même ; les traits qui relient les éléments représentent en effet les relations existant entre eux.

Si nous approfondissons maintenant les figures présentées en b) nous pouvons constater qu'elles n'ont pas la même configuration. C'est qu'en effet les relations qui les unissent ne sont pas les mêmes : elles n'ont pas la même **structure**. Nous introduisons ici une notion nouvelle fort importante, la notion de **structure** du système. La structure peut être définie comme étant **l'organisation spécifique des relations** qui existent entre les éléments d'un système.

On parlera ainsi en biologie de la structure du cerveau pour décrire la manière dont s'agencent les unes par rapport aux autres les diverses parties du cerveau. De même, en psychologie, on parlera de la structure du psychisme. Freud par exemple a décrit la structure de l'appareil psychique telle qu'il la concevait en montrant les liens que l'on doit établir entre les trois instances qu'il distingue : le ça, le Moi et le Surmoi.

Ainsi tout le système suppose une structure. Celle-ci peut être plus ou moins lâche, mais elle existe toujours sans quoi il n'y aurait pas système, faute de relations spécifiques entre les éléments.

Ce qui vient d'être dit pourrait laisser croire alors qu'un système est quelque chose d'inerte, de greffé autour de sa structure. Il existe effectivement des **systèmes stables**. Mais la notion de système est tout à fait compatible avec celle de changement, de transformation au cours du temps. Il y a en effet, des systèmes **dynamiques** à côté de systèmes statiques. C'est ainsi que le psychisme humain est un système dynamique qui se développe depuis la naissance jusqu'à la maturité conformément aux lois de développement dégagées par la psychologie génétique. Le dynamisme du système peut provenir soit de la modification du nombre ou de la nature des éléments qui le composent, soit du changement des relations qui les unissent et donc de la structure du système, soit encore de la combinaison des deux sortes de phénomènes. C'est toutefois une question discutée de savoir à partir de quel degré de transformation on change de système au lieu d'avoir toujours affaire au même système dynamique.

Tel est le schéma élémentaire à travers lequel se présente la notion de système, mais ce modèle de base est susceptible d'être perfectionné par divers enrichissements que nous allons présenter maintenant.

## B - Les enrichissements du modèle de base

Le modèle de base se trouve enrichi principalement par trois notions qui viennent s'articuler sur lui : la notion de système ouvert, celle de sous-système et celle de non-système.

a - On entend par **système ouvert**, par opposition à système clos ou fermé, un système qui est en contact avec son environnement. Les réactions de la chimie traditionnelle sont des systèmes clos parce qu'elles se produisent dans des récipients fermés contenant un certain nombre de réactifs. Par contre, les organismes vivants sont toujours des systèmes ouverts parce qu'ils empruntent certaines substances à leur environnement et qu'ils lui restituent les déchets de l'action du système sur ces substances. Ainsi notre système respiratoire est un système ouvert car il prélève de l'oxygène dans l'air ambiant et y rejette du gaz carbonique au terme du cycle de son fonctionnement. Cette distinction entre système ouvert et système fermé est importante pour notre propos, car on peut discuter la question de savoir si le Droit est un système ouvert ou un système fermé.

b - Il y a quelques instants j'ai qualifié notre appareil respiratoire de système. En réalité cette qualification n'était pas tout à fait exacte. L'appareil respiratoire n'est pas un système, mais un **sous-système** d'un système plus vaste qu'est notre organisme tout entier. Ainsi se trouve introduite la notion de **sous-système**. Qu'est-ce qu'un sous-système ? Il arrive parfois qu'un système atteigne une complexité telle que les éléments se répartissent en sous-ensembles à l'intérieur desquels ils entretiennent évidemment certaines relations, mais que ces sous-ensembles eux-mêmes entretiennent à leur tour entre eux un système propre de relations. C'est le cas de l'organisme humain.

On peut distinguer parmi les sous-systèmes entre ce que l'on appelle des sous-systèmes **horizontaux** et des sous-systèmes **verticaux**.

Prenons par exemple le système global qu'est notre organisme. On y discerne de nombreux sous-systèmes : le système nerveux, le système respiratoire, le système circulatoire, le système digestif etc... Ces divers sous-systèmes entretiennent des relations les uns avec les autres, mais ils ne sont pas hiérarchisés. Aucun ne peut fonctionner sans les autres, mais aucun ne commande exclusivement aux autres. On dira que ces sous-systèmes sont **horizontaux**. On les représentera d'ailleurs en les écrivant sur la même ligne, et dans des colonnes différentes.

Prenons maintenant le **système qui commande les comportements humains**. Dans la représentation que s'en fait la psychologie contemporaine, ce système est formé de la superposition de quatre couches de déterminismes qui se déterminent les uns les autres de bas en haut et rétroagissent en même temps aussi les uns sur les autres de haut en bas. A la base il y a le **déterminisme physico-chimique** de la matière : chaque fois que nous faisons un geste quelconque, il se produit en effet toute une série de phénomènes physico-chimiques en nous, comparables à ceux que l'on observe dans la matière inerte. Au deuxième niveau, nous avons ce que l'on appelle le **déterminisme biologique** qui caractérise tous les êtres vivants. Ce déterminisme est conditionné par le déterminisme physico-chimique, mais en même temps il réagit sur lui. Au troisième niveau, il y a le déterminisme **psycho-organique** qui caractérise les animaux dotés d'une certaine organisation cérébrale. Ici encore ce déterminisme est conditionné par les déterminismes inférieurs, mais il réagit à son tour sur lui. Enfin au sommet de l'échelle, se trouve le **déterminisme psycho-moral** qui est le propre de l'homme, la Conscience morale, le Surmoi disent les psychanalistes. Ici encore on retrouve le même phénomène de conditionnement par les déterminismes inférieurs et de rétroaction sur ceux-ci. C'est précisément ce qui fait que si l'homme ressent les mêmes pulsions sexuelles que les rats, il les contrôle grâce au sous-système psycho-moral. Avec cette description, nous avons un exemple de sous-systèmes **verticaux**.

Si j'ai insisté ainsi sur la notion de sous-système, c'est que précisément elle nous sera précieuse pour comprendre l'application de la notion de système au droit.

c - Mais avant d'y arriver, je voudrais encore évoquer un autre enrichissement de la notion de système : celle de non-système.

Il y a évidemment quelque paradoxe à dire que la notion de **non-système** enrichit celle de système puisque, par définition, elle en est la négation. Cependant l'utilité du recours à cette notion est certaine parce qu'elle permet une compréhension de la réalité que le recours aux méthodes traditionnelles ne permet pas d'obtenir. Utiliser la notion de non-système consiste,



à partir de l'hypothèse que le phénomène étudié est un système, à constater au cours de l'analyse systémique que toutes les conditions pour qu'il y ait système ne sont pas remplies (par exemple on observe qu'un élément n'est pas en interaction avec les autres) et à diagnostiquer ainsi où, comment et pourquoi il n'y a pas de système.

Cette notion aussi nous sera utile pour l'application de la notion de système à la compréhension du Droit.

## **Deuxième Partie : L'application de la notion de système à la connaissance du droit**

La notion de système et l'analyse systémique qui s'y rapporte sont susceptibles d'être utilisées dans toutes les disciplines scientifiques, qu'il s'agisse de sciences exactes ou de sciences de l'homme, qu'il s'agisse de sciences empiriques ou de sciences normatives. Le Droit ne fait pas exception à cette possibilité et a même beaucoup à gagner au recours à l'analyse systémique. Rappelons en effet que si, en fait les juristes, s'efforcent depuis longtemps d'édifier des constructions d'ensemble à partir des solutions du droit positif, celles-ci demeurent très subjectives et manquent de rigueur. Le recours à l'analyse systémique permet au contraire d'obtenir beaucoup plus d'objectivité et de précision et peut même autoriser une sorte d'activité prévisionnelle de la législation.

La question se pose alors de savoir comment on peut appliquer l'analyse systémique en Droit (A). D'autre part, on peut s'interroger sur la question de savoir si cette application ne souffre pas certaines limites au delà desquelles la notion de système cesse d'être utile pour le juriste (B).

### **A - La procédure d'application au droit de l'analyse systémique**

Les principes de l'analyse systémique sont les mêmes pour toutes les disciplines, mais ils doivent être adaptés à chaque science pour tenir compte de la spécificité de l'objet de celle-ci. S'agissant du Droit, la spécificité de son objet résulte de ce que le droit est un ensemble de normes de conduite destinées à réguler le comportement social des individus sous la menace de la contrainte de l'autorité publique.

Ceci étant posé, la procédure générale de l'analyse systémique suppose l'accomplissement de trois séries d'opérations : l'identification et le dénombrement des éléments du système, la recherche des relations spécifiques qui existent entre ces éléments, enfin la mise en évidence de la structure du système. Cette procédure s'applique évidemment au Droit et nous allons développer ces trois étapes en prenant pour exemple le droit français de la filiation fixé par les articles 311 à 342-8 du Code Civil.

#### **a - Identification et dénombrement des éléments du système**

Quels peuvent être les éléments d'un système juridique ? La réponse nous est donnée par l'objet même du droit : est élément d'un système juridique toute **règle de droit**.

Ainsi quand je lis à l'article 311 alinéa 1 du Code Civil : "La loi présume que l'enfant a été conçu pendant la période qui s'étend du 300ème au 180ème, inclusivement, avant la date de naissance", j'y lis une règle de droit de la filiation et j'identifie par conséquent un élément de notre système de la filiation. Il en va de même pour l'article 312 alinéa 1 : "L'enfant conçu pendant le mariage a pour père le mari". C'est un élément du système.

Il est donc indispensable d'abord de **repérer toutes les règles** posées par **les textes et de les dénombrer**. L'opération n'est pas toujours facile, d'abord parce que certains textes qui ont l'apparence de règles, ne sont que des annonces de ce qui va suivre et ne constituent donc pas des éléments du système. Exemple : l'article 330 : "La légitimation a lieu, soit par mariage des parents, soit par autorité de justice". Contrairement aux apparences, ce n'est pas une règle, mais la simple annonce des règles posées dans les articles suivants.

D'autre part, à côté de la loi, il y a la **jurisprudence**. Il importe ici de discriminer dans l'énorme masse des décisions celles qui ne font qu'appliquer, préciser ou interpréter les règles légales qui sont de beaucoup les plus nombreuses et les quelques décisions qui posent de véritables règles non inscrites dans la loi. **Seules ces dernières** doivent être tenues pour des éléments du système.

Enfin, il faut remarquer que les règles sont des impératifs formés de l'association de concepts plus ou moins nombreux. Par exemple quand je lis le seul article 311, j'y repère l'emploi de pas moins de neuf concepts : loi, présomption, enfant, conception et période de conception, naissance, intérêt de l'enfant, preuve contraire, recevabilité. Quel statut assigner à ces concepts dans l'analyse systémique ? Pour ma part, je considérerai volontiers qu'il s'agit d'éléments du système qui formeraient en quelque sorte un **sous-système de base** auquel viennent s'alimenter les règles, éléments du système fonctionnel lui-même. On peut d'ailleurs observer qu'au sein même de ce sous-système conceptuel, on peut faire des **distinctions** d'après le degré de généralité d'emploi des concepts. On peut distinguer ainsi des concepts propres à la matière de la filiation (ex. : conception, naissance, possession d'état), des concepts très généraux (ex. : loi, présomption, preuve contraire) et des concepts de généralité intermédiaire (ex. : intérêt de l'enfant).

#### b - La recherche des relations entre les éléments

La deuxième opération que comporte l'analyse systémique consiste dans la recherche capitale des **relations entre les éléments**. Cette recherche comporte deux séries d'analyses : l'analyse de détail et l'analyse d'ensemble.

1 - *L'analyse de détail* a pour objet de déterminer l'existence et les caractères de chacune des relations entre éléments. Elle suppose donc un examen des éléments, couple par couple, pour en définir la relation. Les juristes sont habitués à énoncer quelques relations fréquemment observées entre règles de droit, et notamment la relation de condition à effet et la relation d'exception à principe.

Mais l'analyse systémique permet de mettre en évidence bien d'autres types de relations.

Lisons par exemple l'article 311 : les alinéas 1 et 2 posent chacun une présomption distincte et le 3ème alinéa énonce la possibilité de combattre les deux présomptions par la preuve contraire. Si nous recherchons les relations qui lient les trois règles, nous pouvons dire :

- 1 - Que l'alinéa 1 énonce pour l'alinéa 2 un **rapport de condition** ;
- 2 - Que l'alinéa 2 énonce un rapport de préférence dans le cadre de l'alinéa 1. (M. Carbonnier écrit que la présomption de l'al. 1 est une présomption **flottante**, et que celle de l'al. 2 est une présomption **subsidaire** qui joue en cas d'opposition d'intérêt) -
- 3 - Qu'enfin l'alinéa 3 énonce un **rapport d'exclusion** par rapport aux présomptions posées dans l'alinéa 1 et l'alinéa 2.

Si nous prenons maintenant l'article 322 nous constatons qu'il pose deux règles, donc deux éléments, liées entre elles cette fois par un **rapport de réciprocité**.

Il serait intéressant de faire ainsi un inventaire aussi exhaustif que possible de tous les types de relations existant entre règles de droit et d'en calculer même la fréquence d'utilisation. Cela donnerait certainement de précieuses indications sur les procédés logiques du droit.

2 - *L'analyse d'ensemble des relations* consiste à son tour à repérer les **sous-systèmes** à l'intérieur même du système et d'en définir les modes d'agencement. Il est très net pour ce qui concerne le système du droit de la filiation qu'il contient deux sous-systèmes : le sous-système de filiation légitime et celui de filiation naturelle, sans parler du sous-système de la filiation adoptive.

On arrive ainsi finalement par touches successives à avoir une représentation d'ensemble du système qui ressemblerait à une sorte de gigantesque toile d'araignée ou encore à l'image que donne une ruche d'abeilles avec le dessin de ses rayons et de ses alvéoles.

Reste alors à effectuer une dernière opération :

### c - La mise en évidence de la structure du système

La structure d'un système de droit, c'est ce qui caractérise **l'essence de son réseau de relations** entre les multiples éléments du système. C'est en quelque sorte le squelette du système ramené à ses lignes générales.

Les spécialistes du droit de la filiation nous donnent une idée de cette structure lorsqu'ils nous enseignent par exemple que le droit positif se caractérise notamment par le souci de faire prévaloir la vérité biologique sur la fiction ou encore par la volonté de traiter l'enfant naturel comme l'enfant légitime ainsi que cela résulte de l'article 334 : "L'enfant naturel a en général les mêmes droits et les mêmes devoirs que l'enfant légitime dans ses rapports avec ses père et mère" et "il entre dans la famille de son auteur".

Mais il s'agit là d'une caractéristique qui est forcément très générale et partant fort imprécise.

L'analyse systémique en recherchant la structure du système permet d'aboutir à une représentation plus précise et par conséquent plus fidèle, permettant notamment de prendre en compte le poids des exceptions par rapport aux principes ou la hiérarchie des règles les unes par rapport aux autres. Les travaux de Kelsen sur "la théorie pure du droit" constituent un exemple intéressant d'étude de structure du système juridique et une thèse récemment soutenue dans cette Faculté a montré ce que la théorie structuraliste de Kelsen pouvait apporter à l'utilisation de l'informatique dans le domaine juridique (1).

Cela implique évidemment le recours à des schémas graphiques, voire même à des méthodes mathématiques qui demandent un minimum de connaissances dans ce domaine. Mais n'est-il pas permis de rêver quelquefois aux étudiants de demain ? Il faut d'ailleurs souligner que l'on assiste depuis une vingtaine d'années à un développement considérable de ce que l'on appelle les mathématiques **qualitatives** qui opèrent uniquement sur des symboles ou des graphes et non sur des quantités (nombres ou points). Ces mathématiques

(1) Roger ALLIONÉ, Sources et résurgences de la théorie pure du droit de Kelsen, 1981, 196p.

sont tout à fait adaptées au traitement des données fournies par les sciences humaines, dont le Droit fait partie au premier chef.

Nous avons jusqu'à présent raisonné sur l'hypothèse de **l'analyse systémique d'un droit positif**. Mais une procédure analogue peut être utilisée pour rendre compte de **l'histoire du droit** ou du **droit comparé**. Il faut seulement y ajouter la comparaison des systèmes mis en évidence par l'analyse, pour l'histoire du droit à travers le temps et pour le droit comparé à travers l'espace, en procédant à la **comparaison des structures** dégagées pour chaque système.

Voilà quelles sont les diverses étapes à parcourir pour parvenir à une analyse systémique du Droit. Ces étapes sont somme toute relativement faciles à réaliser. Reste à savoir si des obstacles ne vont pas surgir au travers de ce parcours et imposer ainsi des limites au recours à l'analyse systémique dans le domaine juridique.

## **B - Les limites de l'utilisation de l'analyse systémique dans la connaissance du droit**

Deux difficultés viennent à l'esprit quand on étudie l'application de l'analyse systémique à la connaissance du Droit : l'une tient à l'existence de lacunes, incohérences et contradictions à l'intérieur d'un même Droit, l'autre procède de l'infinie variété des Droits à travers le temps et l'espace.

### **a - Les lacunes, incohérences et contradictions**

Il est bien connu que les Droits positifs sont loin d'être techniquement parfaits. On y relève assez souvent des lacunes, des incohérences ou même des contradictions.

Dès lors se pose la question de savoir si ces imperfections techniques ne font pas obstacle au succès de l'analyse systémique. La notion de système suppose en effet un réseau de relations entre les éléments qui le composent et précisément les lacunes et incohérences sont la négation même de ces relations tandis que les contradictions constituent à leur tour un défi à la logique systémique.

L'objection ne laisse pas d'être impressionnante, mais précisément l'analyse systémique possède le moyen d'y répondre avec la notion de **non-système**. En disant par exemple qu'un droit lacunaire est un non-système, l'analyse systémique permet à la fois de décrire la part de système qu'il y a dans ce droit et de mettre l'accent sur la lacune en en repérant exactement le lieu, l'effet et la portée. On peut constater que cette approche est très différente de l'approche traditionnelle, puisqu'au lieu de partir des règles éparses ajoutées les unes aux autres jusqu'à la constatation fortuite d'une lacune, elle part au contraire de l'idée de système et démonte le mécanisme jusqu'à ce qu'elle repère une lacune, une incohérence ou une contradiction.

### **b - L'infinie variété des Droits**

La seconde difficulté affecte essentiellement l'application de l'analyse systémique à l'Histoire du Droit et au droit comparé. Mais elle concerne aussi les services que l'on pourrait attendre de la notion de système dans la prévision de l'activité législative, voire même jurisprudentielle.

La difficulté se présente de la manière suivante. La notion de système suppose comme nous l'avons dit dans la première partie que les divers éléments du système sont en nombre fini. La notion d'infini est exclusive de celle de système. Ce qui est vrai pour les éléments d'un système, l'est a fortiori

pour les sous-systèmes et pour les divers systèmes que l'on veut comparer entre eux. Dès lors s'il y a variété infinie de systèmes de Droit, il y a une **impossibilité logique** à recourir à l'analyse systémique en Histoire du Droit et en Droit comparé. Bien sûr, on peut toujours dire que l'on peut dénombrer les systèmes de Droit qui ont été appliqués dans l'Histoire ou ceux qui existent actuellement sur la planète et procéder à la comparaison de deux, trois ou même de la totalité d'entre eux, mais il s'agira toujours d'une comparaison purement **littéraire**, car l'hypothèse de l'infinie variété enlève à la comparaison toute garantie de validité scientifique.

La difficulté qui a été bien ressentie par ceux que l'on appelle les structuralistes est en fait plus apparente que réelle, comme ces derniers l'ont précisément montré. L'ethnologue Henri Lévy-Strauss a établi en effet dans son ouvrage fondamental "Les structures élémentaires de la parenté" que la diversité en apparence infinie des systèmes de parenté que l'on observe dans les sociétés archaïques se ramenait en vérité à un petit nombre de "structures élémentaires" qu'il a même décrites en formules mathématiques. Plus généralement, le structuralisme considère que les structures de systèmes sont en nombre fini et que la tâche de la science est précisément de mettre à jour ces diverses structures. C'est une hypothèse que l'on peut considérer comme raisonnable. Mais du même coup l'obstacle tiré de "l'infinie variété des Droits" disparaît et le systémisme retrouve toute sa valeur.

\*  
\* \*

Nous arrivons ainsi au terme de notre exploration de l'étude de la façon dont on peut appliquer la notion de système à la connaissance du droit.

Les **avantages** que le Droit peut tirer de cette application sont nombreux : plus grande rigueur, meilleur approfondissement, objectivité plus certaine.

Mais l'obtention de ces avantages suppose **des exigences et un investissement intellectuel non négligeable** : connaissance de la théorie générale des systèmes, acquisition des théories mathématiques ou non indispensables pour le traitement des systèmes et finalement recours à une logique rigoureuse sans doute plus exigeante que celle à laquelle les juristes sont généralement habitués.

On peut évidemment penser que le jeu ne vaut pas la chandelle et que l'ignorance du systémisme n'empêchera pas le monde juridique de continuer à tourner. Cela est vrai, mais les juristes devraient méditer le cas de leurs collègues économistes. Ils ont pendant très longtemps enseigné une Economie Politique littéraire d'où la rigueur était absente. Entre temps, cependant, des personnes ayant reçu une formation scientifique de base, notamment des polytechniciens, ont découvert l'Economie et se sont aperçues qu'elle constituait un champ d'application nouveau séduisant pour leurs connaissances scientifiques. C'est ainsi que nos collègues économistes se sont un jour trouvés dépossédés de leur royaume et ont dû se mettre aux mathématiques, à la statistique et à l'économétrie pour tenter de le reconquérir. Ils n'y sont pas parvenus et il est peu probable qu'ils y parviennent un jour, leur contribution au fonctionnement du système politique se bornant à fournir ici un haut fonctionnaire, là un conseiller, ailleurs un Premier Ministre, sans jamais pouvoir s'assurer la maîtrise de la politique économique.

Il est probable que le "Droit littéraire" a encore de longues années d'existence et de domination devant lui. Mais il n'est pas exclu que son déclin vienne plus vite qu'on ne l'imagine au profit d'un Droit plus scientifique et plus rigoureux. Il n'y a aucune raison que les juristes se laissent à leur tour dépasser comme ce fut le cas des économistes. La présente conférence est destinée précisément à leur indiquer par où ils risquent d'être dépossédés un jour de leur royaume et comment faire pour empêcher cette expropriation.

---



---

R. R. J. 1981  
Pages 367 à 395

---

E T U D E S





*Nous publions dans les pages qui suivent un article, traduit de l'Espagnol, de l'éminent professeur Alvaro d'Ors, historien du droit et romaniste de réputation mondiale, philosophe du droit, même s'il s'en défend. Il est actuellement professeur à l'Université de Navarre (Pampelune).*

*Qu'est-ce que le droit ? Le droit est ce que dit le juge, répond l'auteur. A partir de cette observation très simple, c'est à une vision complètement renouvelée de la réalité juridique que nous sommes conviés.*

*Publicamos en las paginas siguientes un articulo del eminente profesor Alvaro d'Ors, historiador del derecho y romanista de fama mundial, filosofo del derecho, aunque lo niega, actualmente catedratico en la Universidad de Navarra (Pamplona).*

*Qué es el derecho ? El derecho es aquello que dice el juez, el autor responde. Partiendo de esta sencilla observacion, estamos frente a una vision completamente renovada de la realidad juridica.*

*In the following pages, we publish in translation from original Spanish an article by Alvaro d'Ors, the eminent professor of Roman Law and History of Law at the University of Navarre (Pamplona). Although he denies it, Professor d'Ors has a world-wide reputation too, as a philosopher of law.*

*In this article, he asks the question : what is Law ? Answer : what the judge says. Starting from this simple observation, Professor d'Ors develops an entirely renewed conception of what Law is.*

---

Sauf erreur de ma part, toute philosophie juridique est une interprétation de la réalité juridique, c'est-à-dire de la vie en tant qu'elle se manifeste comme juridique. En ce sens, toute philosophie juridique est aussi le résultat d'une expérience, en tant qu'elle suppose un effort personnel de compréhension de la réalité juridique historique et actuelle. Pour l'heure, il s'agit précisément de l'expérience d'un historien du droit, d'un romaniste, qui desire découvrir les raisons de la divergence qu'il ressent chaque fois qu'à l'occasion d'une lecture, d'une polémique ou d'une conversation, il confronte sa propre interprétation de la réalité - interprétation décantée, comme je l'ai dit, par l'expérience de l'étude historique - avec les conceptions avancées par les autres juristes en général, surtout les civilistes.

Mon propos est d'exposer très simplement ce qui me semble être les principes fondamentaux de cette théorie juridique à l'intérieur de laquelle j'évolue tout au long de mes cours ou de mes discussions.

Cette simplicité voulue suppose, naturellement, le ton du monologue, car une prise en considération des points de vue de la doctrine sur chacun des axes de mon exposé nous amènerait à écrire un livre, et même un gros livre. Mais cela est aussi éloigné de mon propos que de la simple convenance, voire des possibilités actuelles. Du moins nous efforcerons-nous de signaler les points de rencontre ou d'opposition avec d'autres théories.

Enfin, avant de commencer mon exposé, encore un mot à propos du qualificatif par lequel nous désignons notre théorie. Ce n'est qu'en conclusion de notre exposé des principes qu'il deviendra entièrement clair ; toutefois,

afin d'avertir le lecteur sur le sens de notre démarche, il convient de souligner d'ores et déjà que notre réalisme s'oppose d'une part à l'idéalisme juridique, d'autre part au positivisme juridique. Idéalisme et positivisme ne me semblent d'ailleurs pas des conceptions initialement antithétiques, mais plutôt les étapes successives d'un même mouvement dans l'histoire de la pensée juridique. Je nomme idéalisme, la théorie de ces moralistes ou logiciens qui ne voient dans le droit qu'un pur devoir être. Quant au concept de droit positif, nous y reviendrons plus tard, mais j'entends par positivisme cette attitude théorique qui consiste à prendre comme devoir être l' "être imposé" à l'exclusion de toute autre appréciation sur la valeur de la justice ; le positivisme est donc le propre des légalistes. Ces renards des prétoires qui, passant outre à toute justice et parfois jusqu'à l'éthique la plus élémentaire, se disent "positivistes" parce qu'ils croient que le positif c'est "tirer son épingle du jeu", ne sont naturellement pas positivistes au sens où je l'entends. Notre réalisme est cependant plus proche de ces praticiens que le pourrait croire celui qui observerait la manière dont notre théorie prétend défendre le fondement moral du droit et même d'une morale franchement chrétienne. Est vraiment positiviste, en revanche, et cette fois par nécessité, le législateur de l'Etat moderne qui pose et impose l'ordre juridique, sans tolérer une éventuelle critique de ses propres lois.

Notre théorie réaliste prétend interpréter le juridique, la vie juridique donnée, dans le cadre de sa complexité naturelle ; c'est pourquoi elle ne peut se passer de la vertu de la justice, sans laquelle toute cette réalité donnée de la vie juridique manquerait de sens, c'est-à-dire n'existerait pas. Car le droit tout entier, d'une manière ou d'une autre, et en dépit des adultérations et des tergiversations, en dépit des claudications et des pétulations souveraines ou tyranniques demeure et demeurera toujours un organisme culturel qui tend tout entier à la réalisation d'un sentiment supérieur de justice. Loin de nous l'idée de vouloir séparer le droit de la morale, comme le firent les positivistes et même quelques idéalistes en provenance du formalisme. Cela reviendrait à séparer l'ongle de la chair. Notre position s'écarte en revanche de celle de quelques moralistes. Cela est précisément dû à notre effort pour qualifier la chair de chair et analyser l'ongle comme tel et non comme la chair, même s'il est destiné à la protéger ; pas même comme une chair simplement endurcie. Le discernement permet d'ailleurs d'éviter de confondre notre réalisme avec un vague sociologisme.

### 1 - Le juridique comme être.

Le juridique est avant tout un **être** et seulement ensuite un **devoir être**. Je veux dire par là qu'il n'est pas un ensemble de normes créées par l'homme pour les conduites inévitablement sociales au moyen d'une discrimination d'interférences, mais qu'il est d'abord une certaine manière d'être d'une conduite sociale, une certaine normalité de cette conduite. Si nous pouvons parler de normes juridiques, c'est précisément parce que la **normalité** nous apporte la **norme**. Ce n'est qu'en présence d'un événement anormal que nous prenons conscience de ce qu'une norme a été enfreinte ; de même que ce n'est qu'à partir du moment où un viscère nous fait souffrir que nous nous apercevons qu'un état de normalité, de santé, s'est altéré ; on pourrait même dire que c'est seulement alors que nous nous rendons compte de l'existence de ce viscère affecté. De même que la conscience de la douleur - la pathologie - est antérieure à la conscience de la santé - la physiologie - la conscience de l'infraction juridique est antérieure à la norme. En d'autres termes, la norme - ou devoir être - surgit dans notre conscience en cas d'infraction à la normalité - ou être. Bien que l'antijuridique semble

logiquement présupposer le juridique, dans l'ordre génétique réel c'est le contraire qui arrive.

Si cette vision de la réalité n'est pas immédiatement perçue par l'homme moderne qui pense avant tout aux normes, cela est dû à un mirage du légalisme. Pour une mentalité législative, la loi, qui constitue un devoir être en forme de norme, est première et l'être total de la conduite se ramène au seul accomplissement ou violation de cette norme. Aussi bien, puisqu'il apparaît que cette norme légale est une création du législateur, tout le juridique peut se réduire, dans cette conception, à un système logique de devoir être. Une expression particulièrement nette de cette mentalité est représentée, dans le domaine du droit criminel, par le postulat **nulla poena sine lege**. En vertu de cette formule, tout acte non prévu par une norme légale ne pourrait être traité comme antijuridique et considéré par suite comme punissable. Donc, si chez un peuple donné le vol était méconnu, comme on dit que ce fut le cas dans l'île de Minorque, et que, pour la première fois, cet acte, que les lois de ce pays n'éprouvaient aucun besoin de sanctionner, était commis, le voleur, en vertu du principe de droit pénal, serait assuré de l'impunité. On peut éprouver aujourd'hui quelques doutes à accorder à un tel aphorisme une valeur absolue. En particulier, la réalité des crimes de guerre a mis en évidence des aspects du réel qui paraissent insoupçonnables. Et c'est que cet aphorisme est un produit de l'époque libérale qui fut, dans le domaine juridique, extrêmement légaliste. Pour l'homme libéral, la liberté se traduisait par une réduction conventionnelle de l'injuste, un peu à la manière dont les joueurs de cartes se mettent d'accord pour n'écarter que des pièges bien déterminés au commencement de la partie. Comme tant d'autres solutions extrémistes nées de la conception libérale, la liberté était conçue comme la liberté pour la volonté première, c'est-à-dire, éventuellement, comme la liberté de choisir le mal non sanctionné.

## 2 - Le droit, adjectif substantivé

Si le juridique est avant tout un être, une certaine normalité de l'être, il convient à présent de préciser de quel type de normalité il s'agit. Nous en venons ainsi au concept de droit.

Au cours du paragraphe antérieur, nous avons évité le terme "droit", préférant maintenir, pour désigner la même réalité, l'expression "le juridique". Cette précaution répondait au souci de ne pas utiliser ce concept sans apporter quelques précisions préalables qui vont faire l'objet de notre présent effort ; mais la substitution des termes est désormais possible en raison du caractère de l'idée de droit que nous voulons souligner ici.

En effet le mot **droit** (comme "Recht", mais aussi comme "jus") est d'abord un adjectif. A droit s'oppose tortu ou tortueux. Dès lors, le mot "droit" peut être remplacé par le mot "juridique" ou, pour annoncer déjà notre conclusion, le mot "juste". Tous ces termes sont des adjectifs substantivés, comme il arrive pour la désignation de biens idéaux : le beau, le bon, etc... Aussi, lorsque nous disons "droit", nous présupposons quelque chose qui soit susceptible de qualification. Ce quelque chose n'est autre qu'une conduite déterminée, une conduite humaine. En conséquence, le bien de ce qui est juste est lié à la qualification d'une conduite humaine, c'est-à-dire à l'éthique.

Jusqu'ici nous pouvons dire du droit non seulement qu'il est lié à l'éthique, mais encore qu'il est éthique. Il est cependant un trait par lequel le juste se distingue de manière spécifique des autres biens de l'éthique, et surtout de l'éthique générale : le **bon**.

Il est vrai que lorsque Celse affirmait que le droit est un "ars boni et aequi", le terme "aequum", égalité ou équité, ne spécifie pas beaucoup, à première vue, le "bonum" ; mais la spécificité du droit paraît s'enfermer ici, de manière insidieuse, dans le "ars". Car "ars", *téchne* en grec, signifie technique de réalisation ; le droit suppose ainsi une technique pour réaliser le bon. Ce n'est qu'en donnant tout son sens au mot "ars", que le terme "aequum" met en relief un trait caractéristique du "bonum" juridique. En effet, une technique pour réaliser le bon et qui doit en même temps obtenir une égalité, suppose la pluralité de conduites et la possibilité d'interférences entre ces conduites, puisque c'est seulement entre plusieurs éléments qu'il est possible de parler d'égalité. Mais j'insiste sur le fait que cette dimension d'altérité à laquelle convie le "aequum", n'acquiert son sens véritable qu'en observant que nous sommes en train de parler d'un "ars", c'est-à-dire d'une technique. La notion de technique implique une opération sur quelque chose d'extérieur, une action sur les choses ou les personnes. Hypocrate disait aussi de la médecine qu'elle était une *téchne makré*, un *ars longa*, que les latins traduisent : *ars longa, vita brevis, experientia fallax, occasio praeceps...*, aphorismes en or, pour les juristes aussi. Naturellement, un art médical exercé sur soi-même est inconcevable ; il doit s'exercer sur les autres : les malades ; de même, le "ars boni et aequi" ne peut avoir trait à la manière de régir sa propre conduite personnelle, mais celle des autres, des "malades juridiques", c'est-à-dire ceux que nous pourrions appeler, par anticipation, les plaideurs. Ainsi, alors que d'une conduite bonne et équitable, la dimension sociale d'altérité ne se détache pas assez, en revanche une technique du bon et de l'équitable nous porte à rectifier les conduites des autres.

En résumé : la matière de cet "ars" qu'est le droit est une conduite, et une conduite de dimension sociale que la société a besoin de rectifier grâce à une certaine technique, qui est elle aussi une conduite.

Cette intervention technique ne porte pas sur toutes les conduites sociales. C'est ainsi que ce que l'on nomme usages de la vie en société ne constitue pas une matière juridique, parce qu'ils ne sont pas soumis à la technique de rectification ; mais cela pourrait arriver dans la mesure où la société engendrerait une technique de rectification pour de tels usages, même s'ils n'acquerraient pas toujours la juridicité, car ce n'est pas toute technique de rectification qui puisse convertir en juridique ce qu'elle cherche à rectifier, bien qu'en règle générale la technique d'ordonnement de la société tende à convertir en droit la matière qu'elle gouverne.

Nous parvenons alors à un point capital, et en même temps très délicat, dans notre itinéraire vers l'identification du juridique ; très délicat, parce qu'une petite déviation à ce stade conduit par un chemin qui, à la longue, devient passablement divergent. C'est peut-être en nous éloignant momentanément de ce carrefour que nous pourrions mieux le dominer du regard et choisir plus aisément le chemin sûr.

### 3 - Définition du droit.

Ce recul réside en une considération verbale ; mais, en fin de compte, rien ne reflète mieux notre pensée que nos paroles, et sans elles je ne conçois pas qu'on puisse articuler quelque pensée que ce soit. Les mots en question sont pour l'heure, *jus*, c'est-à-dire "le droit", et *iudicium*, c'est-à-dire le jugement. "Jugement" signifie "déclaration" sur ce qui est *ius* (iudicare). J'irais jusqu'à dire que la technique - *ars* - de gouvernement propre du juridique est celle où l'on insère dans l'opération sociale de réalisation une déclaration préalable sur ce qui est aussi un bien social. Je reconnais que

la clef de tout ce que l'on peut dire sur ma conception du droit est ce qui suit : que **le ius est l'objet, mais aussi le résultat du iudicium**. Ce point de départ nous amène à des résultats extrêmement simples et qui manquent peut-être de l'impact qui semble de rigueur chez un philosophe d'aujourd'hui, mais dont je me vois précisément libre puisque je nie faire profession de philosophe.

Sans long discours, la connexion **ius-iudicium** nous mène à la définition de ce qu'est le **ius**, c'est-à-dire le droit. Pour savoir ce qu'est le droit, nous n'avons qu'à découvrir le jugement, parce ce que c'est le **iudicium** qui donne naissance au **ius**. Où est donc le iudicium ? Sauf erreur de ma part, le jugement est précisément l'instrument fondamental de l'**ars** dont nous venons de parler ; donc, l'instrument de rectification de la conduite par la société. En conséquence, là où la société maintient un organisme chargé de déclarer quelle conduite requiert une intervention sociale (action), là se trouve le jugement. Une plus grande précision à ce sujet sera peut-être taxée d'anti-historique, car de nos jours nous songeons à nos tribunaux avec leur organisation complexe, leur hiérarchie, leurs formalités et leur paperasse ; mais à d'autres moments de l'histoire la fonction judiciaire a revêtu des formes très différentes, au point que l'opération judiciaire pouvait se réaliser grâce à l'assistance violente de voisins prêtant leur concours à la force du membre affecté. Cette forme de jugement pourra passer pour fort rudimentaire, mais elle n'en cesse pas moins d'être un jugement. Les jurés, maintenus dans nos procès criminels par quelques peuples civilisés, sont une forme raffinée (ou, si l'on veut, dégénérée) de ce même jugement populaire. Et chez quelques peuples, comme dans la Rome antique, mais aussi, par exemple, en Angleterre, les assemblées représentatives exerçaient des fonctions proprement judiciaires.

Il convient toutefois de se débarrasser d'un préjugé de la pensée juridique moderne qui pourrait voiler la réalité de l'acte judiciaire. Je pense à la théorie de la séparation des pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire. Une telle séparation a pu signifier à un certain moment de l'histoire de France la volonté de rendre compatibles l'existence de forces politiques réelles - on n'insistera jamais assez sur le caractère de forces réelles, socialement déterminées, que possédaient ces puissances - mais elle ne peut être considérée - et de fait il n'en est pas ainsi - comme un dogme inaltérable de la théorie politique. Il ne faut donc pas penser que ceux qui assurent une fonction législative ou exécutive ne sont pas à même de développer cette activité judiciaire qui nous intéresse ici.

Ainsi donc, là où il y a un jugement, qu'il soit populaire, qu'il émane de juges libres ou fonctionnaires, ou encore des pouvoirs gouvernementaux eux-mêmes, il y a une déclaration de **ius**. Ce qui, en vertu d'un tel jugement, est déclaré juste, voilà qui est droit, voilà le droit. Comme nous avons coutume d'appeler "juges" ceux qui font de telles déclarations, nous pouvons définir le droit comme **ce que déclarent les juges** (*ius, quod iudex dicit*), et comme ce que déclarent les juges est ce qui leur semble juste, c'est-à-dire, ce que les juges, en tant que tels, approuvent, nous parvenons ainsi à une définition simple, et selon moi véritable, que j'ai faite mienne : **le droit est ce qu'approuvent les juges**.

Enfin, pour ne pas escamoter la complexité du réel, il faut tenir compte du fait que cette fonction judiciaire peut être théoriquement assumée en dehors d'un jugement réel déterminé, par le juge lui-même ou par le souverain ou par un particulier quelconque. Lorsque, par exemple, un étudiant, à propos d'un cas pratique, donne son opinion sur un cas hypothétique, cette opinion prend le caractère d'une sentence judiciaire, bien que cette activité ne

possède, naturellement, ni l'efficacité, ni la répercussion sociale de la sentence d'un juge dans l'exercice de ses fonctions. Cela signifie qu'il peut y avoir, outre un droit réel, un droit projeté, hypothétique, convoité, idéal, surnaturel, etc.. Nous reviendrons plus tard sur ce point, mais il nous faut auparavant surmonter une objection qui, sans doute, est venue à l'esprit du lecteur.

#### 4 - La justice.

Nous avons dit qu'est droit ce que les juges - ou ceux qui en font office - déclarent juste, c'est-à-dire ce qu'ils approuvent en tant que juges ; mais il est inévitable qu'un lecteur habitué à raisonner logiquement se pose cette question : "Comment se fait-il que le *ius* soit le résultat du *iudicium*, alors que, précisément, le juge doit voir ce qui est juste avant de le déclarer tel ? Une notion préalable du juste - pensera le lecteur - est ici nécessaire".

Je crois que c'est là que se trouve le chemin tentateur, qui semble conduire à la vérité et n'est en fait qu'une voie sans issue. Il est possible qu'une aporie existe ici, mais il est en tout cas plus utile de s'en rendre compte avant d'emprunter un chemin qui ne permet pas de la surmonter.

Je soutiens qu'un juge peut déclarer ce qui est juste, et faire de cela du *ius*, sans avoir pour autant une idée préalable et générale sur ce qui est juste. En d'autres termes : je crois qu'une idée générale et abstraite sur le juste n'est pas nécessaire pour qu'un juge déclare ce qui est juste. Pour désigner cette idée abstraite et préconçue sur le juste, nous possédons un terme exact : la justice. La justice est au juste concret ce que la beauté est au beau concret, la bonté au bon concret. Au demeurant, la réalité démontre que nous sommes tous capables d'émettre des opinions acceptables sur le beau, le bon ou le juste, sans avoir une idée très claire sur ce qu'est la beauté, la bonté ou la justice. Il serait franchement redoutable, comme le dit avec raison Roscoe Pound, que les juges restent les bras croisés en attendant que les philosophes du droit leur soumettent une définition indiscutable de la justice.

Cependant, il me semble que nous pouvons accepter cette définition de la justice que renferment les Pandectes et qu'a recueillie la meilleure théologie morale : celle qui conçoit la justice comme cette vertu morale cardinale qui incline la volonté à donner à autrui le droit qui lui revient, ou comme nous le lisons dans les Pandectes : **Constans et perpetua voluntas suum cuique tribuendi.**

Donner le sien - ou son "droit", *ius suum*, comme le dit une autre version - à chacun, n'est rien autre que déclarer ce qui est juste dans chaque cas. La vertu morale de la justice se trouve dans cette bonne intention de reconnaître ce qui est juste dans chaque cas, sans hésitations.

Et maintenant, imaginons un juge qui possède au fond de sa conscience, très bien enracinée, cette idée de la justice et qui se trouve sincèrement décidé à exercer la vertu de la justice. un tel juge, cependant, ne peut déduire d'une telle définition une idée précise sur ce qui est juste en chaque cas. Cette idée préalable, pourtant si importante pour son comportement, ne l'éclaire absolument pas pour pouvoir dicter des sentences justes.

D'où devra-t-il donc tirer ces critères sur le juste qui lui permettront de rendre d'heureuses décisions ? Telle est la question qui ouvre sur la théorie de ce que l'on nomme les sources du droit.

## 5 - Les sources du droit.

A ce point, je me vois dans l'obligation de reprendre des idées déjà discutées et exposées, mais je désire le faire avec les éclaircissements qui permettront une compréhension plus exacte de ma position.

Avant tout, je crois que beaucoup de choses s'aclairent si nous précisons le concept de "sources", ce que je n'ai point fait jusqu'à présent, et peut-être cela a-t-il provoqué quelques incompréhensions ou quelques critiques.

Le mot "source", appliqué à la théorie juridique, est employé de manière métaphysique. C'est pourquoi il serait sans doute bien mieux de se passer du terme, mais je crains que ce ne soit impossible faute d'expression plus commode pour dire la même chose. En tout cas, puisqu'il s'agit d'une métaphore, il est nécessaire de préciser le sens exact dans lequel on emploie ce terme. Bien ; j'entends par source ce moment de la réalité juridique dans lequel **apparaissent** les critères sur le juste ou, en d'autres termes, les **formes de production** de ces critères. L'intime conviction d'un juge, où peut naître de manière intuitive un critère sur ce qui est juste dans une situation donnée, n'est pas pour moi une source, car il n'y a là aucune forme, c'est-à-dire une manière d'extérioriser ce critère. Pour prendre une comparaison tirée de la nature, la source n'est pas pour moi les entrailles de la terre ni le jaillissement interne d'où provient l'eau, mais cette partie du sol d'où sort l'eau, où elle devient visible et peut-être recueillie par les hommes.

Toute source du droit consiste, à nos yeux, en une formulation d'un critère qui permette de discerner ce qui est juste. Cette précision une fois donnée, je crois que beaucoup de malentendus se dissiperont et l'on ne me reprochera pas de nier le droit naturel. Le droit naturel est un droit, non une source spéciale du droit. Mais nous reviendrons plus loin sur ce point.

Dès lors, si par source du droit on entend toute formulation d'un critère pour juger, il en découle aisément - ce me semble - que la jurisprudence est la source première et universelle de tout droit. Car la jurisprudence est précisément cela : formulation du **ius**.

Naturellement, la prudence est une vertu cardinale, tout comme la justice. Et une vertu cardinale appliquée à l'**agir** (1) ; c'est-à-dire qui conseille la bonne conduite et déconseille la mauvaise. Lorsque cette vertu est appliquée à la conduite que nous avons identifié comme juridique, c'est-à-dire lorsque nous parlons de **prudentia iuris**, nous rencontrons le discernement de l'agir juridique. Comme nous avons dit que la conduite juridique primordiale est la conduite de celui qui juge, du juge, nous pouvons en conclure que la prudence juridique est avant tout la **prudence du juge**. La justice et la prudence s'unissent ainsi en tant que vertus cardinales de la fonction de juger : par la première, le juge se sent porté à bien juger et par la seconde, il vérifie ce qu'il doit juger dans chaque cas pour bien juger. Les deux vertus peuvent cependant se trouver dissociées ; c'est ce qui arrive chez ces personnes éprises de justice, mais incompetentes en droit, ou en sens inverse, chez ces bons connaisseurs du droit qui ne ressentent aucune obligation morale de bien juger, même s'ils savent le faire. La justice est ainsi une vertu volitive (**voluntas**), alors que la prudence est intellectuelle, c'est pourquoi les romains disaient de la **prudentia iuris** qu'elle était une science ; précisément une

(1) N.D.T. : en espagnol : "para discernir lo agible", c.à.d. littéralement, "pour distinguer parmi les actes de l'homme, ceux qu'il peut ou non poser" (sous-entendu, par référence au droit ou à la morale).



"science du juste et de l'injuste", pour laquelle il est requis tout à la fois une connaissance des choses divines et humaines. Sur le divin, nous reviendrons. Lorsque cette prudence existe à un degré extraordinaire de manière infuse, nous nous trouvons en présence d'un don du Saint-Esprit.

Ainsi, de la jurisprudence, qui distingue le juste de l'injuste, nous disons qu'elle est la source du droit, mais, cela va de soi, à condition qu'elle formule les critères du juste, car une connaissance inexprimée, qui peut même donner lieu à une décision de justice, n'est pas encore une source, même si elle le devient aussitôt qu'elle trouve à s'exprimer au cours de cette décision.

Je ne crois pas qu'il soit utile de répéter ici qu'à mon sens, toutes les autres "sources" du droit, comme la loi, les décrets, les "principes généraux", la coutume, etc... ne sont que des sources dérivées de la prudence judiciaire, dont la dérivation peut s'expliquer par ce que nous appelons "cycle de la production normative". Je veux seulement apporter deux brefs éclaircissements à propos de cette fonction primordiale - de source première - que j'attribue à la prudence judiciaire.

En premier lieu, il m'a été quelques fois objecté, par des juristes très dignes de mon respect, qu'il y a aussi une vie juridique extra-judiciaire et qu'il est exagéré de réduire tout le droit au droit des juges. A cela, je dois répondre ce qui suit :

J'ai déjà relevé que la fonction de juger est une fonction judiciaire, mais qu'elle peut être remplie de manière hypothétique ou à titre préventif par des personnes - des juristes - qui n'exercent pas une juridiction officielle ; par exemple, l'élève qui résout un cas pratique, pour prendre un exemple extrême. Toute formulation d'un critère de jugement est déjà une forme de jurisprudence, qu'il s'agisse de la formulation d'un juge au sens strict, ou de celle d'un sage, d'un mage, d'un législateur ou de l'ancien du village.

Dès lors, voici ce que j'affirme : d'abord, que toute cette activité jurisprudentielle tend vers un jugement prévisible, ensuite, que toute autre activité qui, sans adopter la forme d'un jugement, s'offre à nous, cependant, comme partie intégrante de la vie juridique réelle que nous tâchons d'expliquer, dépend de l'activité judiciaire fondamentale. Je veux dire par là que tous ceux qui interviennent d'une manière ou d'une autre dans cette vie adaptent leur propre conduite à celle qu'ils croient que va adopter le juge appelé éventuellement à statuer sur cet acte qu'ils sont en train de réaliser. Naturellement, cette **adaptation** à la conduite judiciaire n'implique pas d'agir toujours conformément aux critères ou aux normes judiciaires, mais du moins en en tenant compte. C'est ainsi qu'en de nombreux cas on tient compte de l'éventuelle décision des tribunaux pour faire quelque chose dont on soupçonne qu'ils ne devraient pas l'approuver, ou que l'on compte sur la passivité générale et les chances pour que l'acte ne soit pas soumis au jugement du juge, et lorsque l'acte est commis en étant conscient de la désapprobation prévisible du juge, nous disons que cet acte est anti-juridique, c'est-à-dire contraire à ce que les juges approuvent. Ainsi, toute la vie juridique s'adapte à la conduite judiciaire. Les notaires, les préposés à l'enregistrement, les commerçants, les bandits, les testateurs, les donateurs ou les fondateurs, tous, de manière plus ou moins consciente, alignent leur conduite sur la conduite judiciaire probable.

Cette fonction centrale de la conduite judiciaire emporte une conséquence particulière en ce qui concerne le problème du destinataire de la loi. C'est là une question à propos de laquelle les auteurs ont dépensé beaucoup d'énergie, mais qui, dans notre système, n'a qu'une seule solution. Pour ne pas rompre le fil de nos deux éclaircissements nous en traiterons dans un paragraphe à part.

Le second éclaircissement qu'il me semble opportun de faire, concerne la fonction normative de la sentence judiciaire. Si je ne me trompe, une décision de justice est norme en un triple sens : en tant que norme particulière, en tant que norme professionnelle et en tant que norme publique.

1 - Elle est une norme particulière pour les parties concernées par la sentence, pour les plaideurs ; dans la mesure, s'entend, où cette décision a force de chose jugée. Entre les plaideurs, la sentence impose une norme indiscutable, car leur conflit d'intérêts a été résolu conformément à un critère judiciaire contenu expressément ou implicitement dans la décision.

2 - Elle est une norme professionnelle en tant que chaque décision constitue un précédent qui aura une influence plus ou moins forte sur les futures décisions de ce même juge ou d'autres juges.

3 - Elle est une norme publique, puisque ce modèle de conduite judiciaire sera pris en considération par tous ceux qui devront intervenir dans une situation analogue, et les techniciens du droit, en particulier, n'oublieront pas ce modèle lorsqu'il s'agira de donner un conseil au "public".

Il faut ajouter à cela la valeur génératrice que possèdent les sentences judiciaires à l'égard des autres sources qui dérivent d'elles : la coutume, la loi, la loi privée du commerce, etc.

## 6 - Le destinataire de la loi.

Nous avons réservé pour un paragraphe particulier la question du destinataire de la loi. Nous disions qu'en partant de notre système, selon lequel le jugement (*iu-dicium*) est le moment central du droit (*ius*), la solution à cette question ne peut être qu'une : l'identification du destinataire de la loi avec le juge ou, mieux encore, avec celui qui juge. En effet, si toute norme - et la loi prétend en être ou en contenir une - est un critère pour distinguer le juste de l'injuste, et voilà pourquoi nous disions que la norme légale, elle aussi, est, en sa source première, jurisprudentielle, la norme légale sera aussi un critère destiné à celui qui doit distinguer le juste de l'injuste, c'est-à-dire, celui qui juge, le juge.

Cette affirmation, convenable et nécessaire au sein de notre système, paraît contredite par la croyance générale que la loi est impérative. C'est là un des problèmes les plus subtils de la philosophie juridique, et il convient que nous nous y arrêtions un instant.

La première chose qu'il convient de rappeler, c'est que les critères jurisprudentiels, c'est-à-dire les normes juridiques en général, ne sont pas en eux-mêmes des commandements impératifs. Ils ne peuvent l'être pour la raison évidente que celui qui les formule ne possède pas, de par son autorité jurisprudentielle elle-même, une **potestas imperandi**. Nous avons déjà dit que la prudence est une vertu intellectuelle ; l'**imperare**, en revanche, suppose une expression de la volonté. Ce que le prudent, qui formule la norme juridique, peut dire, c'est seulement que "cela est juste" ou "cela est injuste" ; il déclare ce qui est *ius* (*iu-dicat*), mais n'impose pas une règle d'obéissance. Les juristes romains, comme on sait, formulaient leurs critères avec une circonspection d'une rare élégance : "il semble...", "il a plu...", "il semble préférable". Leur *ius* n'était en aucune façon un *ius imperativum*.

Si les normes juridiques ne sont pas en elles-mêmes impératives, cela signifie-t-il qu'elles ne lient point, qu'elles n'obligent pas ? C'est la question, annexe à celle du caractère impératif, du caractère obligatoire des normes.

Le positivisme légaliste, par son absorption du dogmatisme d'origine théologique que nous avons décrit en d'autres pages, a tendu à obscurcir cette question, qui n'est peut-être pas si difficile à résoudre. Car une chose est le caractère moralement obligatoire et autre chose l'obligation matérielle.

Les normes juridiques, du fait d'être des critères définissant ce qui est juste, obligent en conscience, car il existe dans la conscience de chacun d'entre nous un impératif inné qui nous dit : "Fais ce qui est juste et ne fais pas ce qui est injuste". Pour accomplir cet impératif moral nous devons accepter les normes juridiques et ajuster notre conduite sur elles. Cela n'est donc point dû au caractère impératif de la norme, mais au fait que la conduite juste nous ayant été indiquée par la norme, nous sommes moralement tenus de l'accomplir. Le caractère impératif n'est donc pas lié à la **voluntas imperandi** de celui qui édicte la norme, mais bien plutôt à un reflet de la réception de cette norme non impérative par l'impératif de notre propre conscience. Ainsi peut-il arriver que celui qui édicte la norme ait la volonté véhémente que sa norme soit accomplie et qu'il la formule non seulement comme critère de ce qui est juste, mais encore comme un véritable commandement impératif. Cette attitude impérieuse n'altère cependant en rien le caractère non impératif de la norme en elle-même. La preuve en est que si la conscience réprouve sincèrement cette norme, parce qu'elle la considère comme injuste, c'est-à-dire erronée (comme il arrive lorsque la personne qui formule les normes n'a aucune autorité morale sur nos consciences), cette conscience n'est pas moralement tenue de se soumettre ; il y a plus : elle peut être moralement tenue de désobéir et de combattre cette norme. Le caractère obligatoire des normes dépend donc de notre conscience ; en pratique, des autorités qui gouvernent notre conscience.

Une volonté impérative chez celui qui formule les normes, comme dans l'hypothèse proposée, existe normalement chez les législateurs. A tel titre que leurs normes, expressions plus ou moins généralisées d'un critère sur ce qui est juste, apparaissent fréquemment rédigées au mode impératif. Ce qui nous conduit à déterminer en quel sens de telles lois formellement impératives peuvent être considérées comme obligatoires.

Signalons dès à présent que cette question ne se pose que pour les lois formellement impératives, parce que le législateur lui-même peut ne pas donner ce caractère à ses lois, comme il advient non seulement pour ces normes que nous appelons discrétionnaires, mais surtout pour les lois purement pénales (1). Ainsi que le soutient la plus saine doctrine des moralistes, il n'existe aucune obligation morale face aux lois purement pénales (bien qu'il en existe une face à la décision qui nous impose la peine). Cette particularité, d'un grand intérêt, découlant du caractère non obligatoire de la loi purement pénale - thème que nous ne devons pas traiter à fond, car il relève entièrement de la morale, ce qui revient à dire qu'il constitue matière de confession et non de jugement - nous sert à analyser correctement l'effet de la volonté impérative d'un législateur lorsqu'il produit les normes. Disons-nous, face à une loi purement pénale, qu'elle n'est pas voulue par le législateur ? En aucune façon. Lorsque le législateur produit une norme purement pénale, par exemple lorsqu'il prévoit une amende en cas de contrebande de tabac, il faut croire que le législateur veut empêcher l'importation de ce produit, sauf par celui qui en détient le monopole et, cependant,

(1) N.D.T. : Cette expression, d'usage courant en théologie morale, désigne les lois prévoyant une sanction pénale au cas d'infraction, sans qu'il soit nécessaire d'établir la culpabilité morale ou juridique de l'auteur. En langage juridique moderne, nous parlerions de "délits matériels", "délits contraventionnels" ou de "contraventions".

une telle loi n'oblige pas en conscience et le contrebandier est exempt de faute morale tant qu'il n'est pas découvert et condamné, car ce n'est qu'à partir de ce moment-là qu'il est obligé en conscience de payer l'amende. Cela nous montre que, mis à part le caractère formellement impératif de la loi, qui le rend obligatoire dans le for intérieur de la conscience, il existe toujours une volonté impérative chez le législateur et ce caractère impératif général a pour objet l'organisation d'un ordre juridique. L'Etat, pour accomplir ses fins d'ordre social, se prévaut des normes créées par lui comme d'un instrument pour réaliser cette organisation. Que de telles normes apparaissent comme impératives ou pas, cela n'affecte en rien cette volonté générale d'obtenir une organisation, mais concerne seulement les nuances du moralement obligatoire.

Ainsi, le problème du caractère impératif de la loi, problème de philosophie juridique, doit être distingué du problème du caractère obligatoire de la loi, qui est nettement moral.

Nous devons ajouter que bien que nous ayons dit que la loi, en tant que norme, oblige en conscience lorsqu'elle énonce un critère de conduite juste, ce caractère obligatoire s'étend même aux lois qui ne paraissent pas énoncer un tel critère, mais qui prévoient simplement des normes d'organisation. Dans la mesure où une norme d'organisation est formellement impérative, elle oblige notre conscience, mais non plus parce qu'elle est un critère du juste, mais plutôt parce qu'elle est l'expression de la volonté de celui qui a la **potestas imperandi**. Comme il existe dans notre conscience l'impératif d'obéir au pouvoir politique en place, tout commandement de ce dernier devient pour nous obligatoire ; à condition, bien sûr, qu'il n'entre pas en contradiction avec un autre impératif moral supérieur. En conséquence, la loi impérative édictée par le législateur oblige d'une manière générale, puisqu'elle est un ordre de celui qui détient la **potestas imperandi**, mais elle peut aussi obliger parce qu'elle contient une norme véritablement juste. Dans les Etats modernes l'activité législative a été si intense que ces deux degrés ont été confondus, et toute norme issue du législateur prétend être une norme de conduite juste. Nous reviendrons plus loin sur le thème de la loi injuste.

Jusqu'ici nous avons parlé du problème du caractère obligatoire, qui est purement moral ; mais à présent il nous faut aborder l'autre aspect du caractère obligatoire de toute norme légale : l'obligation matérielle.

Nous avons déjà dit que toute norme législative, même celle qui n'est pas formellement impérative, suppose une volonté chez le législateur. Comme l'obligation morale dépend des consciences et que celles-ci sont autonomes, ou pour mieux dire sont régies par des autorités fréquemment étrangères à la volonté du législateur, le caractère impératif de la loi ne peut s'épuiser tout entier en un effet aussi hasardeux et incontrôlable. Par suite, il nous faut analyser quel autre effet est produit par ce caractère impératif général de la loi, même lorsqu'elle ne se présente pas comme une loi formellement impérative, c'est-à-dire, l'obligation matérielle.

Ce caractère impératif commun à toutes les lois, qui émane de celui qui détient la **potestas imperandi**, se concentre en deux verbes impératifs : ordonner et commander. "J'ordonne et je commande", telle a toujours été l'authentique expression du législateur.

Que signifie ordonner, que signifie commander ?

Ordonner veut dire "mettre en ordre". Lorsque le législateur ordonne une norme juridique, il ne fait rien d'autre qu'insérer cette norme dans

le système juridique. La norme ainsi posée et imposée se convertit alors en **norme positive**, c'est-à-dire posée ou imposée. Ainsi lorsque la loi étend sa force impérative à une autre norme qu'elle ne détermine pas dès le premier moment, par exemple lorsqu'elle reconnaît une norme étrangère (véritable réception), et surtout, lorsqu'elle donne force de loi à des sentences dictées par des juges déterminés, car à ce moment là, cette norme judiciaire acquiert valeur de loi, même si c'est seulement entre les parties en litige. Ainsi, ordonner équivaut à imposer ou à rendre positive une norme juridique. Le positivisme est ordonnateur.

Le concept de droit positif n'équivaut pas, dans notre système, à celui de **droit en vigueur**, car une norme imposée par le législateur n'est pas toujours effectivement vivante. Sa vigueur ne disparaît pas seulement à la suite d'une dérogation (dans ce cas, grâce à un changement d'imposition ou de positivité) ; l'usage lui-même peut aussi laisser sans vie, sans vigueur, une loi qui n'a pourtant pas cessé d'être positive.

Que veut dire **commander** ? Si le fait d'ordonner convertit la norme en droit positif, sa condition juridique la range parmi cette série de critères qui seront pris en considération par le juge. Eh bien, commander ne veut pas dire autre chose qu'exiger du juge qu'il adopte et applique ces critères de jugement que la loi lui offre. Parce que commander veut dire "destiner à", comme l'on charge d'une commission ou d'une mission. La loi est commandée au juge, de telle sorte qu'il encourt une responsabilité s'il ne l'applique pas. Cela signifie que, ainsi que nous venons de l'analyser, le juge - et donc tout homme qui juge en général - est le destinataire de la loi étatique.

Là aussi, l'on imputera à la théorie légaliste d'avoir confondu pernicieusement l'obligation morale de tous les sujets soumis à la loi, laquelle, comme nous l'avons vu, échappe à son contrôle, avec la nécessité matérielle qui découle du fait que le juge est tenu d'obéir au législateur. Cette confusion est favorisée par un mirage : les sujets sont en général trompés en raison de l'obligation du juge, c'est-à-dire par le fait que le juge applique les lois qui lui ont été commandées ; mais cette obligation demeure secondaire, puisqu'elle dépend avant tout de l'obligation judiciaire. Si le législateur n'organise pas un système qui permette effectivement de rechercher la responsabilité des juges qui désobéiraient au commandement reçu, les sujets non plus ne seraient pas liés par la loi. Ainsi, lorsqu'une loi positive n'est pas observée par les juges, parce qu'en fait ils ne sont pas poursuivis - et n'oublions pas que la mise en jeu de cette responsabilité dépend d'autres juges - nous avons dit qu'une telle loi cesse d'être en vigueur et cesse de l'être pour tous. Cela signifie que la force contraignante de la loi et sa vigueur dépendent de l'approbation des juges suprêmes, c'est-à-dire du **summum ius**.

Que la loi soit commandée, c'est-à-dire destinée au juge, a pour conséquence digne d'intérêt que seul le juge a besoin de connaître les lois, et du même coup, que celles-ci peuvent (peut-être doivent) être rédigées en un style technique intelligible au seul juge. Cela semble blesser le sentiment très généralisé du besoin de lois populaires, mais cette question de la popularité de la loi a une explication historique très simple : les lois sont "populaires" parce que c'est le peuple qui les fait. Tant et si bien que lorsqu'en vertu du mythe politique de la représentation populaire, le législateur n'est déjà plus le peuple lui-même approuvant une proposition de loi, mais une petite chambre, la popularité de la loi doit être remplacée par sa publication. Le fait qu'une loi du peuple ait besoin d'être diffusée par la publication montre bien que cette loi n'est pas connue par le peuple, c'est-à-dire que

ce n'est pas le peuple qui l'a faite. Aussi bien ce rapiéçage de popularité est, en réalité, fictif, car il serait illusoire de penser qu'au moyen d'une publication tout le peuple est à même de connaître les lois. Seul le pharisaïsme bureaucratique peut présumer que tous les Français lisent quotidiennement le Journal officiel. A la vérité, les lois modernes ont cessé d'être populaires. Si la publication est encore recommandable, c'est parce qu'il est convenable que le public puisse s'orienter quand il le désire, mais ni plus ni moins que lorsqu'il s'agit d'une décision de justice.

Au carrefour du mythe du caractère obligatoire de la loi et du mythe de la popularité se situe l'éternelle question de l'ignorance du droit. Dans le for intérieur de la conscience, l'ignorance d'une loi qui ne traduit pas une loi naturelle excuse de faute ; dans le for du juge, l'ignorance du plaideur est sans intérêt, à moins de supposer qu'il existe des normes spéciales sur l'erreur. Dans le for du juge, il y a la connaissance du juge, destinataire de la loi, et cela suffit. La doctrine juridique, en revanche, a prétendu échapper à la difficulté grâce à une fiction : l'ignorant serait tenu comme s'il connaissait la loi ; pharisaïsme juridique selon lequel l'ignorance est toujours coupable. Selon la théorie réaliste que nous défendons, le problème de l'ignorance de la loi n'existe que pour le confesseur.

Une question annexe, qui relève de la politique juridique, est celle de savoir s'il est utile que la loi soit connue directement par le citoyen ou bien passe toujours par l'interprétation d'un sage. Cela n'affecte en rien, toutefois, l'efficacité juridique de la loi. Si le Code Civil était publié uniquement en latin, sa valeur juridique serait exactement la même, à condition d'admettre que les juges sachent le latin ; dans le cas contraire, sa positivité serait identique, mais sa vigueur n'irait pas sans difficultés.

## 7 - Territorialité et actualité judiciaires du droit.

Le principe selon lequel le juge est le destinataire de la loi et que toutes les normes, aussi bien par leur origine que par leur destination et leur réalisation, sont judiciaires, emporte une importante conséquence pour la doctrine juridique, dont il est impossible de développer ici toutes les applications particulières.

La doctrine juridique a beaucoup discuté au sujet de la territorialité ou de la personnalité des lois (des normes juridiques en général). Si je ne me trompe, cette question se pose de manière beaucoup plus simple et beaucoup plus claire du point de vue de la théorie réaliste. Car si les normes sont toujours des normes judiciaires, la question se ramène à savoir quelles sont les normes de chaque juge. Aussi bien, tout juge a un domaine de juridiction officielle qui est territorial ; j'entends par juridiction officielle, ce domaine à l'intérieur duquel les décisions du juge peuvent être exécutées. Celui qui se trouverait, dans sa personne ou dans ses biens, soustrait à l'exécution de la décision d'une juridiction déterminée, ne serait pas juridiquement concerné par les normes en vigueur dans cette juridiction. Par "juridiquement concerné", je veux dire qu'il n'existe pas pour lui l'obligation matérielle qu'impliquent, ainsi que nous l'avons vu, les lois. Lorsqu'on dit par exemple qu'une loi espagnole oblige un citoyen espagnol, même s'il se trouve à l'étranger, cela n'a de sens que si, d'une manière ou d'une autre, ce citoyen espagnol peut être atteint, par exemple dans ses biens, par la décision d'un juge espagnol, puisqu'une norme ne peut être destinée (c'est-à-dire, comme nous l'avons expliqué, "commandée") qu'à des juges espagnols.

Chaque juge applique ses propres critères, et tout critère judiciaire

est en vigueur sur un territoire. Par conséquent, la vigueur des normes est toujours une **vigueur territoriale**. Mais cette territorialité ne doit pas être confondue avec ce que la doctrine appelle "statut réel". Notre conclusion est donc que tout le droit est territorial, parce que toutes les normes juridiques sont **judiciairement territoriales**.

Naturellement, cette territorialité des normes n'empêche pas que, dans certains cas - ceux qui correspondent aux hypothèses de "statut personnel" - le juge lui-même écarte l'application de ses propres critères et s'efforce d'imiter, dans la mesure du possible (limite de l'ordre public, etc.), l'attitude du juge étranger auquel il reviendrait normalement de statuer sur cette question. Ainsi, un juge peut appliquer la loi étrangère. Cette loi ne s'adresse pas à lui, et pour cette raison elle n'est pas dans sa juridiction une norme positive ; mais si le juge en vient à appliquer couramment la norme étrangère dans certains cas, cette norme a la valeur, encore qu'elle ne soit pas positive, d'une norme en vigueur. Il peut même arriver que cette préférence pour une loi étrangère indéterminée soit prescrite par un texte légal - qui lui est positif pour le juge - mais même dans ce cas il est impossible de dire que la loi étrangère a la valeur d'une norme positive. Si le juge n'applique pas cette prescription légale, l'infraction qui peut lui être imputée est d'avoir violé sa propre loi et non la loi étrangère ; celle-ci n'est donc jamais pour lui une norme positive (sauf le cas de véritable "réception"). A quelle sorte de norme appartient donc cette loi étrangère que le juge peut appliquer dans certains cas ? Si l'on veut bien se souvenir qu'il s'agit à nos yeux d'une "imitation" de la sentence possible du juge étranger, nous pouvons admettre que cette loi vaut comme **usage judiciaire préférable**.

Je veux toutefois signaler une autre conséquence importante, que nous appellerons **actualité judiciaire**. Sur ce point encore la doctrine s'est épuisée inutilement pour savoir si les lois sont ou ne sont pas rétroactives. Du point de vue de notre théorie réaliste, il est évident que **tout juge applique normalement les normes actuellement en vigueur**. Si le juge applique dans certains cas la loi ancienne, il ne peut s'agir que d'une exception ; exception qui s'explique par le souci de rechercher un meilleur ajustement au cas concret et de prendre en considération l'élément prévisibilité, puisque, s'il n'en était pas ainsi, les conséquences de nos actes seraient encore plus imprévisibles qu'elles ne le sont en prenant en considération cet élément. quoiqu'il en soit, il est clair que le juge change de critère, surtout lorsque le législateur le lui commande, sans autres considérations, et que, par suite, la prévision apparaît toujours comme relative.

Les deux problèmes, si agités, de la territorialité ou de la personnalité des lois et de leur rétroactivité, sont, d'une certaine manière, des conséquences de la dogmatique legaliste. Les choses sont beaucoup plus claires dès qu'on se rend compte que le droit est avant tout une réalité judiciaire, que le juge applique normalement les mêmes normes, les normes en vigueur, et que les exceptions à cette normalité s'expliquent par des normes secondaires de prudence, parfois recueillies par la loi elle-même.

## 8 - Hétérogénéité des normes.

Le lecteur qui a suivi notre pensée comprendra que rien ne lui est plus étranger que le fait d'imaginer l'ordre juridique comme une pyramide ou quelque chose d'approchant dans laquelle les normes s'élèvent les unes juste au-dessus des autres. Pour nous, le droit est une réalité vivante, et la réalité vivante n'adopte jamais des formes aussi géométriques. Bien au contraire : l'ordre juridique s'offre à nous comme la combinaison de critères

de justice entrelacés et regroupés sur un territoire et toujours actualisés par les juges.

L'idée que le droit contient des normes hétérogènes et bien souvent contradictoires a un relent d'hérésie pour le légalisme dogmatique, mais si la réalité est ainsi faite, une théorie réaliste n'a pas d'autre issue que d'en tenir compte.

Une possible contradiction est inévitable, puisqu'à l'intérieur d'un même territoire, il y a divers juges, chacun d'eux pouvant préférer tel critère plutôt qu'un autre, et chaque juge pouvant lui-même changer fréquemment de critère. Par ailleurs, comme la loi n'est pas la source unique du droit - elle non plus n'est pas toujours exempte de contradictions - il est naturel que des normes qui émanent de sources différentes ne coïncident pas toujours.

Cette hétérogénéité rend parfois difficile la prévisibilité, ce qui justifie l'effort raisonnable du législateur en vue de l'unification et de la systématisation des normes ; pourtant, même à ce compte, leur variété vitale, comme celle des préceptes thérapeutiques, comme celle de tout ce qui est naturel, présente une hétérogénéité irréductible.

Cette diversité, ces inévitables contradictions suscitent à notre réflexion une question inévitable : si contradiction il y a, c'est que certaines normes sont dans l'erreur.

Une telle réflexion dépend en partie d'un préjugé légaliste, mais elle est aussi en partie fondée. Elle dépend en partie d'un préjugé légaliste parce qu'il n'est pas nécessaire que, de deux normes contradictoires relatives à un même conflit juridique, l'une d'elles soit injuste. Supposons qu'une personne s'empare de planches qui ne lui appartiennent pas et en fasse une table. Le critère d'un juge sera que la table appartient à celui qui l'a faite, mais que ce dernier doit indemniser de la valeur des planches leur ancien propriétaire ; un autre juge, en revanche, dira que la table revient au propriétaire des planches, mais que celui-ci doit indemniser celui qui a fait la table. Les deux critères, bien que contradictoires, peuvent être considérés comme justes, en dépit du **pathos** uniformiste et organisateur du législateur. Ainsi, nombre de questions peuvent être résolues par des critères contradictoires sans qu'aucun d'eux doive être estimé injuste.

Il est évident, cependant, qu'en certains cas de contradiction, l'une des normes, pourtant en vigueur et même bien enracinée, est injuste.

Ce n'est là que l'expression naturelle de l'imperfection humaine. Bien que les normes juridiques soient les critères de ce qui est juste, il peut arriver, et de fait il arrive, que de telles normes ne soient pas vraiment justes. Il est alors possible de distinguer entre ce que l'on croit juste et ce qui est vraiment juste. Et cette défaillance du jugement humain n'est pas l'exclusive de celui qui juge : le législateur peut lui aussi se tromper ; c'est-à-dire qu'il peut y avoir des **lois injustes**.

Si la doctrine scolastique et, sur ses traces, la doctrine civiliste moderne, n'admettent pas l'idée de loi injuste, cela tient à ce que la scolastique a spéculé sur l'idée que la loi est un précepte qui oblige moralement ; ainsi, si une loi est injuste, comme elle ne peut obliger, il en résulte qu'elle n'est pas une loi. Mais ce raisonnement, valable pour les moralistes, ne l'est pas pour les juristes. Pour un juriste, l'expression de la volonté du législateur est toujours une loi, mais cette loi peut être injuste. Une bonne comparaison est celle de l'ordonnance médicale. Une ordonnance, même si elle aboutit à la mort du patient, reste une ordonnance. Cicéron dit quelque part qu'une



ordonnance qui tue n'est pas une ordonnance, mais Cicéron non plus n'était pas juriste.

La possibilité de contradiction entre le *ius* en vigueur, c'est-à-dire, ce qu'approuvent les juges, et le vrai *ius* est donc éternelle. De cette tension naît l'impulsion la plus noble, celle de lutter pour la justice. Mais comment savoir si une loi ou norme en général est injuste ? A cette fin, l'esprit humain a deux ressources. En premier lieu, la dialectique, grâce à laquelle la raison humaine peut comparer entre eux les critères du juste et retenir le moins injuste ; en second lieu, le contraste avec un ordre juridique supérieur, et nous en venons ainsi au thème du droit dit naturel.

## 9 - Le droit naturel.

Thème majeur et toujours actuel, parce que la nature, comme les pauvres, "nous l'aurons toujours parmi nous".

Pour ne pas reprendre des observations déjà exposées en d'autres circonstances, je dirai, sans plus, que j'entends par "droit naturel" cet ordre juridique d'origine divine admis par la tradition de l'Eglise Catholique.

En lui, nous découvrons un ordre à comparer avec l'ordre juridique réel, et là où cet ordre supérieur est enfreint par l'ordre en vigueur ou l'ordre positif, nous dirons que ce dernier contient une norme injuste.

Que cet ordre juridique supérieur soit perceptible aux seules lumières de la raison, on peut l'admettre, mais la question est justement de trouver une raison naturelle aussi douée, car notre nature se trouve dès l'origine passablement ébranlée. Il est de Foi que ce n'est qu'au prix de la Rédemption divine que cette nature peut être guérie et perfectionnée ; il en résulte que seule une raison naturelle chrétienne peut parvenir peut-être à cette perception claire ; mais c'est précisément au chrétien que cette perception est facilitée par la révélation et la tradition. Ainsi, pour parvenir à la connaissance du naturellement juste, la raison naturelle peut servir justement à ceux qui n'en ont pas besoin.

Par ailleurs, la doctrine scolastique distingue le droit divin révélé du droit divin naturel, mais comme nous venons de le dire, seuls ceux qui connaissent le premier semblent à même de vérifier sans erreur le second.

Cependant, il est évident que les infidèles peuvent posséder un tel sens du juste qu'il rencontre les critères ou les normes du droit divin naturel, et que nous pouvons qualifier d'injuste la conduite d'un infidèle contraire à l'ordre naturel. Aussi ce droit naturel nous apparaît-il comme universel.

Tout cela mène à toute une série de problèmes très bien analysés par les théologiens, mais qui peut-être ne conduisent pas à des résultats toujours acceptables pour un juriste. De là notre désir, **sub correctione Ecclesiae**, d'expliquer brièvement la notion de droit naturel du point de vue juridique de notre doctrine réaliste.

Sous l'angle de la doctrine réaliste tout droit est une réalité judiciaire ; par conséquent, si le *ius naturale* est vraiment un *ius*, il faut admettre qu'il s'appuie aussi sur un système judiciaire. Dès lors, étant donné que ce *ius naturale* est un droit divin, nous voici dans l'obligation d'en conclure que le *ius naturale* est ce qu'approuve le tribunal de Dieu. De quel tribunal s'agit-il ?

C'est un dogme de Foi que Jésus Christ viendra, **cum gloria**, nous juger, à la fin des temps, au cours d'un jugement public que nous appelons

**judicium universale.** Un avant-goût de ce jugement universel est le jugement particulier, auquel nos âmes sont soumises au moment de leur mort, et qui, à son tour est en quelque manière annoncé par les jugements actuels de l'Eglise. Là se situe, par conséquent, le système judiciaire sur lequel s'appuie le **ius naturale**.

Si nous entendons nous passer de cette instance de l'inafaillible jugement de Dieu, ou bien nous devons nous passer de droit naturel, comme le firent, conséquents avec eux-mêmes, les positivistes, ou bien nous le maintiendrons comme un système de normes formulées par la pure raison humaine, mais sans aucune sanction judiciaire, convertissant ainsi le **ius naturale** en une somme d'impératifs moraux qui, bien qu'ils servent à orienter la conduite juridique, ne sont pas proprement juridiques, mais simplement moraux. Et qu'on ne vienne pas dire que les juges humains peuvent sanctionner par leurs décisions la violation de tels impératifs, car dans la mesure où les juges observent ces critères que nous disons de droit naturel, dans cette même mesure ces critères constituent un véritable droit humain, et non simplement naturel.

Une observation peut encore être opposée à cette construction du **ius naturale** comme ce qu'approuve le Tribunal suprême de Dieu. La voici : dans le Jugement de Dieu, qu'il soit universel ou particulier et même s'il s'agit du jugement de l'Eglise, la matière objet du jugement ne concerne-t-elle pas une conduite dont la réalité excède de beaucoup la conduite qui relève normalement des jugements humains ? Dans ces pages-mêmes nous avons plus d'une fois insisté sur la distinction entre ce qui relève du for purement moral, et ce qui concerne le juge. Comment expliquer cet apparent décentrage du juridique au plan du **ius naturale** ? Tout l'ordre moral serait-il juridique ?

Evidemment, il serait possible de qualifier de juridique toute conduite qui sera jugée par Dieu, dès l'instant où elle peut tomber sous le coup d'un **judicium**. Ce qui arrive, c'est que l'intelligence du juge humain est beaucoup plus limitée, et il s'en suit qu'une large zone de conduite humaine est inaccessible à sa perspicacité et à son jugement. Il s'abstiendra donc de porter sur elle un jugement, ainsi qu'il arrive chaque fois qu'un acte, bien que normalement juridique, reste hors de portée du juge faute de pouvoir être prouvé. Un homicide a été commis, le juge doit prononcer une condamnation, mais la cause de l'homicide ne peut être établie ; le juge s'abstient alors de juger et s'en remet au Jugement infaillible de Dieu. Eh bien, il arrive de même dans toutes les matières que nous désignons comme purement morales : ces matières sont extra-juridiques parce qu'elles échappent - ou le juge l'estime ainsi - au discernement judiciaire.

En conséquence, si le Jugement divin comprend tout parce qu'il porte sur l'intégralité de la conduite humaine - et à ce point de vue droit et morale se confondent, ce qui explique de nombreuses positions des théologiens - le jugement humain possède un domaine beaucoup plus restreint, et tout ce qui dépasse ce domaine est considéré comme extra-juridique, comme purement moral.

Il n'est sans doute pas nécessaire de remarquer que les frontières de la sphère de juridiction humaine ne sont pas historiquement immuables, car l'expérience juridique nous enseigne combien elles peuvent varier d'une époque à l'autre, d'un juge à l'autre. Il fut un temps où, comme chacun sait, le **dolus malus**, ou tromperie entre cocontractants, était considéré avec indifférence par les juges, et puis cela cessa ; au contraire, le crime d'hérésie a disparu de nos législations agnostiques d'aujourd'hui. Mieux encore :

toute la théorie de l'abus de droit repose précisément sur la tendance à considérer comme dignes de sanction judiciaire certaines conduites légalement inattaquables ; c'est-à-dire une tendance à convertir en juridique ce qui n'avait qu'un caractère purement moral. Ce que la pensée juridique opprimée par le légalisme, n'a pu voir, c'est que dans l'exacte mesure où un juge sanctionne comme indue une certaine conduite, sans la déclarer illégale, cette conduite est devenue anti-juridique, et que, par suite, le problème de l' "abus de droit" est mal posé : lorsqu'un juge condamne une conduite, il est déjà en train de la déclarer anti-juridique, car le **ius** est, comme nous l'avons dit, ce que les juges approuvent, quand bien même les lois écrites resteraient muettes sur ce point.

Il en résulte que, pour le **ludicium** divin, toute conduite humaine peut-être juridique. D'un autre côté, le **ius naturale** est **ius** parce qu'il est constitué par l'approbation de Dieu en tant que **ludex**, il est **ius divinum**.

Mais peut-il encore subsister une différence entre le **ius naturale** et le **ius divinum** ? De fait, Dieu ne jugera pas de la même manière ceux qui connaissent la Révélation et les infidèles qui l'ignorent, car les premiers bénéficieront d'une Grâce plus grande, ce qui les rend d'autant plus coupables de leurs infractions. Aussi bien, pourquoi ne pas dire simplement que le **ius naturale** est un **ius divinum** modéré par la prise en considération d'une excuse née de l'ignorance naturelle, ou, ce qui revient au même, que le **ius naturale** est un "ius divinum pour les infidèles" ? Cela, si je ne me trompe, nos actuels paladins du jusnaturalisme n'ont pas su le prendre suffisamment en considération. Pour le chrétien, le **ius naturale** sonne comme une "formule d'exportation" de ce même **ius** qu'il vit et sent et connaît comme véritable **ius divinum**.

Ainsi, par conséquent, selon le point de vue de notre théorie réaliste, il existe une instance judiciaire divine supérieure à l'instance judiciaire humaine, un tribunal divin que l'on pourrait qualifier de suprême au meilleur de tous les titres, et le droit naturel n'est ni plus ni moins que ce qu'approuve le Tribunal de Dieu. Quand les jugements humains enfreignent les critères propres au Tribunal de Dieu, ces jugements sont erronés et injustes, comme peut l'être la décision d'un tribunal inférieur rectifiée par une instance supérieure. Et là aussi il y a place pour une possibilité de prévision, puisque les normes du Tribunal de Dieu nous sont connues : les Dix Commandements et la Loi Nouvelle de l'Evangile. Cette prévisibilité est celle qui détermine quelles normes du Tribunal de Dieu sont actuellement juridiques pour les hommes. Ainsi donc, l'aptitude de l'acte à être connu et l'aptitude de la norme à être prévue constituent ce que les hommes peuvent percevoir comme étant de droit divin ou naturel, à la différence de ce qui est simplement moral.

Avec cette construction réaliste, le droit dit naturel, **ius divinum** pour les chrétiens, acquiert une véritable réalité et s'incorpore en tant qu'ordre supérieur à l'ensemble de la vie juridique de l'homme.

## 10 - Autres corollaires.

Nombre d'aspects ont dû être laissés de côté au cours de cet exposé de notre théorie réaliste du droit, mais peut-être avec les principes ainsi établis le lecteur pourra en faire découler toutes les conséquences qu'entraîne logiquement une telle théorie, en vue d'une explication adaptée de tout le complexe de normes judiciaires qui constituent ce que nous appelons le droit.

Le jugement est toujours la pierre fondamentale de tout le système, et il suffit de porter n'importe quel problème de la théorie juridique sur le terrain de l'activité judiciaire pour qu'il nous apparaisse dans ses données véritables et que la solution en découle d'elle-même.

Le droit est ce que les juges approuvent, et comme les juges peuvent être nombreux, nombreux sont aussi les droits en vigueur dans leurs tribunaux respectifs. A tel tribunal, tel droit, et ainsi, lorsque nous discutons sur la nomenclature des normes, nous n'avons qu'à nous demander quelle est la nature du tribunal correspondant. Alors nous dirons, par exemple, que le droit du travail est celui qu'observent les juridictions du travail, et nous dirons en échange que le droit dit commercial continue d'être une partie du droit civil, puisque ce sont les tribunaux civils qui continuent d'observer les critères qui lui sont relatifs.

En fin de compte, comme l'acte judiciaire a toujours pour objet un **cas concret**, toute l'activité juridique sera éminemment casuistique. Et l'enseignement du droit doit l'être aussi. L'écrasante hégémonie de la loi sur les autres sources du droit a eu aussi pour conséquence la désorientation des méthodes d'enseignement du droit. En effet, l'enseignement s'est réduit à quelques exposés sans substance de sempiternels mesquins principes légaux, ordonnés (ou désordonnés) dans un but principalement mnémotechnique, selon les préférences particulières de chaque exposant, au demeurant assez uniformes, et jusqu'à parvenir dans certains cas à un nouveau type de positivisme : le positivisme d'un livre systématique d'enseignement. Mais une activité juridique libérée des entraves imposées par le légalisme doit fondamentalement consister en un **ars boni et aequi**, c'est-à-dire dans l'adaptation toujours vivante et pleine de possibilités de l'intelligence humaine pour la réalisation prudente de ce désir noble qu'est la justice, de cette volonté de donner à chacun dans chaque cas ce qui lui revient. En ce sens, nous osons affirmer que la plus authentique méthode de recherche et même d'exposition du droit est, selon la théorie réaliste, la casuistique.

## 11 - Garniture de définitions.

Les pages qui précèdent sont, comme je l'ai dit au début, un extrait, une sorte d'échantillon, d'une vision complète de la réalité juridique. Beaucoup d'aspects, et même des aspects importants, comme, par exemple, celui de l'interprétation, ont dû être laissés de côté. Pour l'heure, je me borne à soumettre à la critique du lecteur intelligent cet exposé si sommaire, mais je désire terminer en lui offrant, comme résumé de cet exposé, lui-même si bref, ce tableau de quatorze définitions, qui reprennent tout ce qui a été dit :

- I - Le droit est ce que les juges approuvent.
- II - Le droit divin est ce que le Juge divin approuve.
- III - Le droit naturel est ce que le Juge divin approuve à propos des infidèles.
- IV - Le droit public est ce que les juges approuvent comme convenable à l'ordonnement des différentes situations sociales.
- V - le droit privé est ce que les juges approuvent comme convenable à l'ordre des relations humaines particulières.
- VI - Le droit interne est celui que les juges continuent d'approuver comme propre à des régions déterminées d'Espagne (1).

---

(1) ou de France (N.D.T.)

- VII - Le droit civil est celui qu'approuvent les tribunaux civils (idem, respectivement, du droit administratif, du droit du travail, du droit criminel, etc.)
- VIII- Le droit positif est celui que le souverain impose à l'approbation des juges.
- IX - Le droit en vigueur est celui que les juges approuvent réellement et actuellement.
- X - Le droit volontairement négligé est le droit positif non en vigueur.
- XI - Le droit injuste est celui qu'un juge approuve et qu'un autre juge supérieur désapprouve.
- XII - Le droit suprême (**summum ius**) est celui que le Tribunal suprême approuve.
- XIII- Le droit caché est celui qui ne peut être établi devant le juge humain et pour lequel on s'en remet au Juge divin.
- XIV- Le droit jurisprudentiel est le Droit. (\*)

(\*) La traduction de cet article a été réalisée par les soins de Monsieur Alain SERIAUX, assistant à la Faculté de Droit et de Science politique d'Aix-Marseille.

**LES MALADIES DU DROIT PENAL POLONAIS**

par M. le Professeur FRANKOWSKI



Une personne raisonnable ne saurait admettre que le système de la justice pénale en Pologne - un élément si délicat du pouvoir d'Etat, pouvait rester dans mon pays une île de bonheur, épargnée par les crises diverses des périodes passées. Mais la société polonaise, à cause du défaut d'informations honnêtes, n'est pas consciente dans quelle mesure la forme et le fonctionnement du droit pénal en Pologne sont imparfaits, dans quelle mesure le système est influencé par les conceptions typiques de la première moitié des années cinquante. Notamment, à la base du système de justice pénale on trouve toujours la croyance profonde dans l'efficacité de la répression pénale très sévère. Cette croyance est absolument fautive à la lumière des recherches scientifiques.

Au mois d'octobre de l'année dernière, le groupe de professeurs de droit pénal et de criminologie a présenté cette vérité dans le memorandum au ministre de la Justice polonais - M. Jerzy Bafia. Dans ce memorandum les professeurs ont souligné la nécessité absolue de réformer notre droit pénal de façon correspondant aux standards modernes de la justice et de la légalité. Quelques semaines plus tard le ministre a constitué une Commission pour examiner la totalité du droit pénal polonais, c'est-à-dire, le Code Pénal, le Code de Procédure Pénale et le Code de l'Exécution des Peines.

Simultanément, une Commission indépendante a été formée sous les auspices de Solidarité, dans le même but. On peut espérer que dans un nouveau climat politique la réforme du droit pénal polonais sera accomplie de manière satisfaisante.

Il serait impossible de traiter ici tous les problèmes épineux. Je vais concentrer mes réflexions sur le trait le plus typique caractéristique de notre système de justice pénale, c'est-à-dire, sa sévérité manifeste.

Tout d'abord, il faut parler de la peine de mort. Dans la décade des années soixante, chaque année les tribunaux polonais ont prononcé environ huit peines de mort ; on ne parle pas ici des peines prononcées par les tribunaux militaires. Dans la décade des années soixante-dix le nombre des peines de mort a presque doublé jusqu'à quatorze, malgré la déclaration du Code Pénal de 1969 selon laquelle la peine capitale est un châtement de caractère exceptionnel. Mais, en même temps, le Code a introduit la peine de mort dans des cas assez nombreux, y inclus l'homicide, le brigandage, l'espionnage et aussi pour une activité frauduleuse économique provoquant des perturbations graves dans le fonctionnement de l'économie nationale. Dans ce dernier cas la peine de mort ne peut être appliquée qu'à un individu qui a organisé ou dirigé cette action. Il semble que cela est en conflit avec le caractère exceptionnel de la peine de mort déclaré par le Code. Cette contradiction doit provoquer l'hésitation des juges pour interpréter les intentions réelles du législateur.

Il faut souligner que dans la pratique la peine de mort n'est prononcée qu'en cas de meurtre particulièrement grave. Il est évident, toutefois, que de ce fait le problème de la peine capitale est seulement atténué, mais pas éliminé.

La peine de mort prononcée par les juges n'est pas exécutée avant que le Conseil d'Etat ne se prononce sur la possibilité de grâce. Mais, pour des raisons inconnues on ne donne pas chez nous d'informations sur le nombre d'exécutions. Par conséquent, nous ne savons pas exactement combien de personnes sont tuées en Pologne en vertu de la loi. Auparavant, sur la base d'informations de la presse quotidienne on pouvait estimer que le nombre d'exécutions ne dépassait pas cinq à huit par an. Mais, depuis quelque temps



même les informations sur les exécutions ne sont plus publiées. Ce silence de mass-media, contrôlés par le gouvernement, est paradoxal, la justification majeure de la peine capitale étant son effet dissuasif. Mais, comment peut-on être dissuadé par un événement sans le connaître ?

Aux siècles passés, les exécutions publiques étaient fréquentes dans le monde entier. Aujourd'hui, les exécutions en présence de foules sont rares. Elles ont lieu seulement dans les pays éloignés de notre milieu culturel. En règle générale, les exécutions sont faites à l'intérieur des prisons, avec la présence de quelques témoins. C'est donc l'information sur cet événement qui devrait avoir le pouvoir dissuasif. Sans cette information l'effet dissuasif serait un miracle. Comment peut-on expliquer que les exécutions qui ont lieu en Pologne sont cachées à l'opinion publique ? Est-ce que c'est le signe d'un sentiment tout à fait humain, c'est-à-dire de la honte ? Mais, est-il normal que le pouvoir étatique doive avoir honte à cause des actes de ses fonctionnaires ?

Dans beaucoup de pays la peine capitale n'est plus le moyen utilisé par le pouvoir pour protéger les valeurs sociales même les plus précieuses. Parmi ces pays se trouvent, par exemple, l'Italie, la République Fédérale d'Allemagne et l'Angleterre, pays qui ont à lutter contre des phénomènes presque inconnus en Pologne, avant tout le terrorisme politique. Cependant, même dans cette situation le gouvernement hésite malgré que la décision d'introduire la peine capitale serait soutenue par un grand nombre de citoyens. Un gouvernement raisonnable respecte à cet égard les résultats des recherches scientifiques. La thèse que la peine de mort a un effet dissuasif n'est pas prouvée. En même temps, on a démontré que cette peine produit des conséquences nocives, avant tout, la sévérité générale du système de justice pénale. En conséquence, la peine capitale est abolie dans la majorité des pays de notre milieu culturel où les exécutions sont si rares que les agences de presse les considèrent comme des événements spectaculaires. Il faut bien réfléchir quand on apprend qu'en Pologne, dans la seule année 1976, on a exécuté probablement plus de condamnés que dans toute l'Europe occidentale et les Etats-Unis ensemble pendant la dernière décade.

Au cours d'une réforme du droit pénal polonais il faudra donc examiner la possibilité d'abolir la peine de mort sauf, peut-être, en temps de guerre et - au moins - de réduire le nombre de crimes pour lesquels elle est prévue, seulement le meurtre et la trahison de la patrie. Il faudra aussi examiner la possibilité d'introduire dans le Code de Procédure Pénale un article prévoyant que le jugement de la peine de mort ne peut être prononcé qu'à l'unanimité.

Notre droit pénal est très sévère aussi en ce qui concerne les autres mesures pénales. On prononce chez nous un grand nombre de peines d'emprisonnement. Tant pis si les peines prononcées sont longues. A la base d'un nouveau Code Pénal on applique chaque année à peu près cinquante mille peines d'emprisonnement. C'est beaucoup moins que dans la décade des années soixante, mais les peines prononcées aujourd'hui sont nettement plus sévères. Auparavant, les peines de courte durée - moins de six mois - étaient fréquentes. Maintenant, les juges ne les prononcent que très rarement. La peine moyenne dépasse deux ans, exactement vingt-cinq mois. Il y a quinze ans le chiffre correspondant était de douze mois. Le pourcentage de peines dépassant la durée de trois ans a visiblement augmenté. Quelles sont les causes de ce changement ?

Le nouveau Code Pénal a aggravé les sanctions pénales, particulièrement les minima de peines. Le Code a aussi prévu le traitement exceptionnellement sévère en cas de récidive. Il faut ajouter ici qu'un tiers des condamnés en

Pologne sont des récidivistes. Par conséquent, la liberté d'un juge en matière de sentence a été considérablement réduite.

De plus, notre Cour Suprême a le pouvoir de rendre des directives qui ont force obligatoire pour tous les tribunaux. Les directives promulguées dans la décade de soixante-dix ont mis l'accent sur la nécessité de renforcer la répression pénale. La Cour Suprême encourageait constamment les juges à appliquer des peines de plus en plus sévères. Il semble que d'après la Cour Suprême la solution soit très simple : la répression plus sévère entraînera la réduction de la criminalité. En réalité, on sait bien que les relations entre le fonctionnement du droit pénal et de la criminalité sont beaucoup plus complexes.

Il est naturel qu'en tant qu'effet de l'attitude du législateur ainsi que de la politique criminelle avancée par la Cour Suprême, le nombre de détenus en Pologne soit énorme. Dans ce domaine, la Pologne occupe une place très privilégiée dans le monde entier. Pour des raisons incompréhensibles des informations sur ce sujet ne sont pas publiées chez nous depuis 1972. D'après les sources bien informées le nombre des détenus est plus élevé qu'avant 1939 et aussi en comparaison avec la période immédiatement après la guerre. Au cours des années soixante-dix ce chiffre a varié de cent mille à cent trente-cinq mille. Autrement dit, trois cents citoyens polonais sur cent mille habitants sont emprisonnés. Ces données sont effrayantes.

Proportionnellement à la population, nous avons plus de détenus que la majorité des pays socialistes en Europe, plus que la Yougoslavie, la Hongrie, l'Allemagne de l'Est, la Tchécoslovaquie et, probablement, la Roumanie. Les autres pays ne publient pas les données statistiques sur ce sujet. Dans les prisons polonaises il y a plus ou moins le même nombre de détenus que dans les prisons de France, d'Angleterre et d'Italie ensemble. En comparaison avec la Hollande nous avons quatorze fois plus de détenus, naturellement, compte tenu de la population. En Pologne, les gens en prison sont si nombreux qu'ils pourraient former la population d'une ville de grandeur moyenne. On peut se demander si l'incarcération d'une masse de gens aussi importante peut être utile pour la société.

Selon des recherches scientifiques, l'emprisonnement est exceptionnellement inefficace. Le Code de l'Exécution des Peines déclare que le but principal de l'emprisonnement, c'est la resocialisation d'un détenu. En réalité, un séjour dans une prison produit dans la majorité des cas des résultats nocifs. D'après les spécialistes des sciences pénitentiaires, le but plus réaliste, vu les conditions en prison, c'est seulement la protection d'un détenu contre la dégradation morale et physique. Malheureusement, même ce but plus modeste n'est pas toujours réalisable. Au contraire, si quelqu'un a été enfermé plusieurs fois il est presque certain qu'il sera incapable de vivre normalement dans la société libre. Il est aussi probable qu'il va revenir à la prison assez vite. Comme disait l'un des plus grands criminologues américains, un essai d'apprendre dans des conditions de prison comment vivre dans la société libre ressemble à un essai d'apprendre à piloter un avion dans un sous-marin.

L'emprisonnement produit beaucoup d'autres effets négatifs : la destruction de la famille, l'affaiblissement de liens sociaux, etc... A cause de cela dans plusieurs pays on a décidé de limiter le nombre de détenus au minimum socialement nécessaire et acceptable.

Dans les prisons polonaises il y a aussi des gens qui n'étaient jamais condamnés par les tribunaux à la peine d'emprisonnement. Le groupe assez nombreux se compose de gens qui ne pouvaient ou ne voulaient pas payer

l'amende. Maintenant, par la présence en prison ils payent leur dette envers la société. En 1978 ce groupe a dépassé neuf mille. Ainsi, la prison pour des débiteurs n'apparaît pas seulement dans les romans anglais du dix-neuvième siècle.

Mais le groupe beaucoup plus nombreux dans les prisons polonaises se compose de gens qui attendent le procès en détention préventive. En Pologne, c'est le procureur, agent d'Etat chargé de conduire l'enquête, qui décide dans la majorité des cas si un prévenu doit être détenu. Il faut être conscient du fait qu'une détention préventive, étant la privation de liberté contre la volonté d'un sujet, équivaut à une peine. Il est significatif que cette peine est infligée avant le jugement et non par un juge. Selon des opinions prévalant aujourd'hui en Pologne cette situation n'est pas acceptable du point de vue de la légalité. Maintenant, on postule la nécessité d'amender le Code de Procédure Pénale. En particulier, on demande l'élimination d'un article qui prévoit la possibilité d'appliquer une détention préventive à cause du danger considérable d'un acte du prévenu. Cette clause est considérée comme trop générale. Elle permet de prendre des décisions arbitraires. Il est évident aussi que la décision ne doit être prise que par un juge. Maintenant on discute chez nous s'il ne serait pas utile d'instituer le poste de juge d'instruction, connu en Pologne avant la guerre. Ce juge serait responsable de la conduite de l'enquête. Si ces propositions étaient acceptées, les intérêts d'un prévenu seraient mieux protégés et une détention préventive serait plus rare. On estime que le nombre de détenus serait réduit de 50 %.

Il est absolument nécessaire de réduire le nombre total des gens qui se trouvent aujourd'hui dans les prisons polonaises. On peut avancer la thèse que le nombre de détenus en Pologne ne devrait pas dépasser trente ou trente-cinq mille, y inclus les gens en détention préventive. Pour accomplir ce but, la population de détenus doit être réduite de 70 %. Mais même dans ce cas le nombre de gens incarcérés en Pologne serait assez élevé par rapport aux standards européens d'aujourd'hui.

Comment peut-on réduire le nombre de détenus ? La solution est simple : il faut infliger la peine d'emprisonnement moins fréquemment et, ensuite, les peines infligées devraient devenir moins sévères.

A mon avis, pour réduire la fréquence d'application d'un emprisonnement il est absolument nécessaire que le Code Pénal déclare que la peine privative de liberté ait un caractère exceptionnel. Cette règle doit être suivie surtout par rapport aux jeunes délinquants, des délinquants condamnés pour la première fois, des alcooliques et narcomanes, des délinquants avec des troubles psychiques, enfin des délinquants d'imprudence. A la lumière de nos expériences, les peines privatives de liberté sont, dans ces cas, particulièrement inefficaces. S'il s'agit des alcooliques, narcomanes et des délinquants avec des troubles psychiques, il faut remplacer les mesures pénales par un traitement médical.

Le législateur polonais doit aussi considérer les nouvelles alternatives des peines privatives de liberté. A mon avis, c'est l'amende qui devrait jouer un rôle plus important dans notre système de la justice pénale. Dans ce contexte il faut examiner si le modèle scandinave de l'amende - dite de jours-amende ne devrait pas être adopté par notre Code Pénal. Selon le modèle scandinave, l'amende est mesurée non par des unités monétaires mais par le nombre de jours. Ce nombre est déterminé par rapport à la gravité de l'infraction. Par exemple, dans le cas d'un accident de la route, l'amende prononcée s'élève à quarante jours et en cas de blessures intentionnelles à cent jours. Ensuite, un juge fixe le montant d'une amende par jour en précisant la somme d'argent. Cette somme dépend de la situation financière

du condamné, c'est-à-dire que pour la même infraction le condamné plus riche va payer plus que le condamné plus pauvre. Le système scandinave permet de lier de façon harmonique le montant de l'amende avec la gravité de l'infraction et de la situation financière du condamné. Il semble que ce système soit plus juste que le système traditionnel. On peut y ajouter qu'il a été récemment adopté en Hongrie.

S'il s'agit de la mitigation de peines d'emprisonnement prononcées par des juges il est nécessaire de réformer notre droit pénal de la façon suivante.

Premièrement, il faut atténuer les sanctions pénales. En particulier, le minimum de la peine qui aujourd'hui s'élève à trois mois devrait être abaissé jusqu'à un mois. A mon avis l'emprisonnement d'un mois est dans certains cas une peine juste, c'est-à-dire une peine qui reflète bien la gravité d'un délit. L'objection suivant laquelle les peines courtes ne resocialisent pas peut-être adressée même à plus forte raison contre les peines de moyenne et de longue durée.

Deuxièmement, il faut radicalement changer les sanctions pénales en cas d'infractions contre la propriété sociale. Depuis 1953 les infractions de ce genre sont punies d'une façon beaucoup plus sévère que les infractions contre la propriété privée. Il semble que maintenant les sanctions pénales dans ces deux cas devraient être plus rapprochées.

Troisièmement, les règles concernant la récidive devraient devenir plus souples.

\*  
\* \* \*

J'approche de la fin de ma conférence.

La Commission ministérielle doit examiner plusieurs autres problèmes. Par exemple, il faut changer le régime juridique de l'exécution des peines, en particulier, celui de l'emprisonnement. Ensuite, il faut élaborer la loi sur la délinquance des mineurs. Le Code des Contraventions doit être aussi révisé. Il est évident qu'une réforme profonde de notre droit pénal exige beaucoup de temps et d'effort.

---

## BIBLIOGRAPHIE

## ADIEUX AU PROLETARIAT

Au delà du Socialisme

André GORZ

*240 pages, Editions Galilée, novembre 1980.*

Les analyses de Marx font l'objet dans le dernier ouvrage d'André Gorz, d'un examen critique.

C'est à l'étude des concepts marxistes, à leur méthode d'élaboration ainsi qu'au rôle qui leur était dévolu dans le procès historique que s'attache celui qu'on a pu qualifier de "meilleur théoricien du socialisme dans les pays industriels".

Cette recherche conceptuelle, sans complaisance pour les erreurs de Marx, affine l'analyse politique en établissant d'utiles et pénétrantes distinctions jusque là obérées par une pratique et une vulgate dogmatiques.

Mais plus qu'un simple exercice de démythification, l'ouvrage de Gorz trace les grandes lignes de l'évolution politique actuelle dans les sociétés "post-industrielles" en y discernant, au travers des multiples "révolutions minuscules" l'amorce d'une rupture révolutionnaire plus fondamentale. Les adieux au prolétariat ne sont pas des adieux à la révolution... car le prolétariat n'est pas - ne fût jamais - la force révolutionnaire.

- *Le prolétariat catégorie à priori chez Marx.*

"Pour le jeune Marx, écrit Gorz, ce n'est pas l'existence d'un prolétariat révolutionnaire qui justifiait sa théorie ; c'est, au contraire, sa théorie qui permettait de prédire le surgissement du prolétariat révolutionnaire et en établissait la nécessité. Le primat appartenait à la philosophie (p.22). Le prolétariat n'était encore qu'un devoir-être, il était révolutionnaire par destination, il lui restait à "devenir ce qu'il est". Des signes semblaient indiquer, certes, l'amorce d'un comportement de classe mais n'étaient-ils pas eux-mêmes interprétés au crible de ce concept prédictif ? "La philosophie du prolétariat est religieuse. Elle ne retient du réel que les signes qui la confortent" (25).

Certes, admet l'auteur, le prolétariat peut exister, et existe dans les faits. Mais qu'importe s'il n'existe qu'aux yeux de la bourgeoisie et n'est pas - ne peut pas être - conscient de sa propre existence ?

"L'organisation du travailleur collectif, transcendante et forgée de l'extérieur, n'est pas plus maîtrisable par les travailleurs individuels ou groupés que le plan de marche d'une armée n'est maîtrisable par les membres d'une escouade (...). Pas plus que les soldats ne peuvent intérioriser le "soldat collectif" qu'est l'armée (...) et soumettre son fonctionnement interne à leur volonté commune, travailleur collectif et soumettre à leur contrôle direct le processus social de production" (37). L'adage "diviser pour régner" implique en corollaire de l'atomisation de la production et des relations sociales la centralisation du commandement qu'en matière industrielle le patronat a sciemment recherché pour assurer sa domination.

Tel est le premier obstacle à la conscience de classe et par là-même à l'existence effective du prolétariat. Mais en outre la classe dominante freine l'évolution de cette conscience de classe en abandonnant à l'ouvrier des îlots d'autonomie, entretenant le rêve d'une possible existence indépendante. "La prolétarianisation n'est achevée qu'avec la destruction, chez les ouvriers, de toute capacité autonome de produire leur subsistance. Tant que l'ouvrier possède une boîte d'outils lui permettant de produire pour ses propres besoins, tant qu'il dispose d'un bout de jardin où cultiver ses légumes ou élever des poules, sa prolétarianisation lui apparaîtra accidentelle et remédiable, car contredite par l'expérience existentielle d'une autonomie possible" (43). D'où la politique des jardins accotés aux maisons ouvrières ou concédés aux paysans soviétiques, la folie pavillonnaire etc...

L'emprise de l'autonomie résiduelle est si grande que le concept même de prolétariat est aujourd'hui en crise. "Cette crise est cependant beaucoup plus la crise d'un mythe et d'une idéologie que celle d'une classe ouvrière réellement existante. Pendant plus d'un siècle l'idée du prolétariat a réussi à masquer son irréalité" (93).

Mais, à la décharge de Marx, cette inexistence du travailleur collectif n'apparaît qu'aux contemporains. Au XIXe siècle le prolétariat existait bien, virtuellement au moins. Cependant, l'évolution des rapports et du mode de production a fait l'objet d'une interprétation erronée de l'auteur du Capital.

#### - *Le travail aliéné.*

"Le tour est maintenant joué : le travail est tombé en dehors du travailleur ; le travail s'est réifié, est devenu processus inorganique. L'ouvrier assiste et se prête au travail qui se fait : il ne le fait plus. L'indifférence du travail engendre l'indifférence au travail" (48).

A l'époque de Marx, le mouvement s'amorçait à peine et l'ouvrier professionnel demeurait l'ouvrier modèle, maîtrisant le processus de fabrication, y imprimant son savoir-faire, restant maître et dépositaire des secrets de fabrication. L'ouvrier travaillait la matière, aujourd'hui c'est le produit qui impose à l'ouvrier ses séquences et rythmes de travail.

Parallèlement, l'automatisation croissante aurait dû permettre aux ouvriers de plus en plus qualifiés de maîtriser et de superviser l'entier processus de production. Ces deux facteurs - maîtrise professionnelle et maîtrise technique - rendaient alors envisageable et possible l'autogestion ouvrière. Mais en réalité, l'évolution du proces de production devait consister en la parcellisation croissante du travail humain, en la déqualification progressive des travailleurs.

Cette dépossession aujourd'hui totale dont se sent victime le travailleur, se traduit par l'affirmation de sa totale dépendance à l'égard de l'Etat et la revendication de sa totale prise en charge par les pouvoirs publics.

"Parce que tout leur a été enlevé, tout doit leur être donné ; parce qu'ils n'ont aucun pouvoir, tout doit leur venir du pouvoir ; parce que leur travail n'a d'utilité que pour la société mais non pour eux-mêmes, la société leur doit de pourvoir à tous leurs besoins, de salarier tout travail. Au lieu de l'abolition du salariat, le prolétariat exige l'abolition de tout travail non salarié" (49-50).

Ainsi l'alternative se présente-t-elle de nos jours entre la domination par l'Etat des monopoles et le monopole de l'Etat en toutes choses. C'est

donc dans une impasse que s'est enfermé le mouvement ouvrier et ce pour une raison constitutionnelle sur laquelle l'auteur insiste : le Prolétariat - organisé - n'est - ne peut être que le "décalque du capital". Il reflète l'agencement social des moyens de production qu'il met en oeuvre, moyens de production dans lesquels, loin d'être neutres et de ne véhiculer que des exigences techniques, sont inscrits les rapports capitalistes de domination.

D'où le dilemme du mouvement ouvrier : soit il se contente de gérer l'outil capitaliste et accepte de se dominer lui-même, intériorise cette domination technique qui fait son aliénation, soit il remet en cause la rationalité productiviste, reconnaît que l'appropriation collective des moyens de production ne change pas la nature de la domination et dès lors doit, modifier ses exigences, doit "changer de nature". Hélas, poursuit Gorz, la faculté du prolétaire de nier sa condition, si elle existe comme **donnée** chez Marx, n'existe pas dans les faits. Culturellement, le prolétaire ne peut dissocier sa place objective dans le processus de production du rôle virtuel qu'il pourrait jouer comme "producteur associé souverain". Cette impossibilité ne résulte pas tant des caractéristiques permanentes de la condition ouvrière que de l'évolution des modes et des rapports de production.

- *Prendre le pouvoir ? Oui... mais où est donc passé le pouvoir ?*

L'entrepreneur Schumpeterien a les faveurs de l'auteur. Responsable, il met en oeuvre un pouvoir personnel. Les succès et les échecs lui sont imputables. Le pouvoir existe, personnalisé, contestable. Aujourd'hui les lieux de production, ne sont plus lieux de pouvoir. Le pouvoir ne peut plus être contesté : il est fonctionnel et non personnel. Les ouvriers ne peuvent plus prendre le pouvoir car celui-ci n'existe pas. Il n'est pas sujet, mais système de rapports, structure. L'irresponsabilité est devenue le leitmotiv de toute structure de pouvoir qui n'appartient qu'à la fonction et non à l'homme. Aujourd'hui "le pouvoir est, par définition, confiscation d'une position dominante et les positions dominantes sont nécessairement privilégiées et rares. Occuper l'une d'elles c'est en interdire l'accès à d'autres. La seule question importante est la suivante : la position dominante a-t-elle été créée par celui qui l'occupe et le pouvoir qu'elle confère est-il destiné à s'éteindre avec la personne qui l'a forgé ? Ou, au contraire, le pouvoir est inhérent à la place préexistante que son détenteur occupe dans le système des rapports sociaux et, par conséquent, indépendant de la personne de son titulaire ? Le vieillissement d'une société, et tout particulièrement de la société capitaliste, c'est la prédétermination croissante et, finalement, totale, des positions de pouvoir et des modalités de son exercice. Toutes les places à occuper sont prédéfinies, de même que les qualités requises de leurs titulaires. Nul ne pourra, par son audace, réussir en dehors des filières tracées d'avance, c'est-à-dire en dehors des institutions établies. La domination ne sera jamais exercée par des personnes ni ne dépendra de leur autorité personnelle. Elle s'exercera par la voie institutionnelle, selon une procédure définie d'avance, et ceux qui ont pour fonction de la perpétuer seront eux-mêmes des exécutants dominés, non des chefs : ils seront au service d'un "appareil" de domination (...). Ils prêteront leur personne à un pouvoir impersonnel qui les dépasse (...). De la sorte, ce ne sont plus les hommes qui ont du pouvoir, ce sont les fonctions du pouvoir qui ont des hommes" (77).

En réaction à cette institutionnalisation - dépersonnalisation du pouvoir - dont la figure archétypale est le bureaucrate, le recours au souverain, un Chef tout puissant, s'impose logiquement. Mais, plus profondément encore, la nature structurelle du pouvoir rend illusoire l'idée d'un transfert du pouvoir au prolétariat par la seule conquête de l'appareil d'Etat. "Idée saugrenue"

puisqu'ils seraient maintenus l'appareil et les modalités de la domination dont seuls changeraient les titulaires. "Le prolétariat est constitutivement incapable de devenir le sujet du pouvoir. Si ses représentants s'emparent de l'appareil de domination mis en place par le capital, ils reproduiront le type de domination de celui-ci et deviendront à leur tour une bourgeoisie de fonction (...). L'idée que la domination du capital puisse être transférée au prolétariat et "collectivisée" grâce à ce transfert est aussi saugrenue que l'idée de centrales nucléaires qui deviendraient démocratiques grâce au transfert à la C.G.T. des postes de direction, de contrôle et de gestion" (87). Dès lors, la théorie de la prise du pouvoir doit être retenue pour qui cherche à changer la nature même de la domination. Et, selon Gorz, seule une classe déjà dominante dans les faits peut y parvenir.

- *La nouvelle "classe"*.

La crise du prolétariat révèle son irréalité autre que philosophique. Désormais, le travail, déqualifié, cesse d'être une activité à laquelle puisse s'identifier le travailleur. Or le défaut d'identification au travail rend impossible l'identification à la classe sociale. Le néo-prolétaire est déqualifié, interchangeable, indifférent. Pire - et pour toutes ces raisons - il est un non-travailleur dont l'utilité même devient intermittente. Travailleurs intérimaires, à temps partiel, vacataires, hors-statuts, non titulaires... toujours plus nombreux ne peuvent s'identifier ni au travail ni à la condition ouvrière. Le travail ne vaut plus que par sa rémunération et l'aspiration à s'y soustraire, et par là, à toute une logique productiviste, gagne la société. "Alors que le prolétariat industriel tirait de la transformation de la matière un pouvoir objectif qui le portait à se considérer lui-même comme une force matérielle, base de tout le devenir social, le nouveau prolétariat est non-force, dépourvu d'importance sociale objective, exclu de la société". Dès lors, son intérêt n'est pas de conquérir des appareils de domination auxquels il est étranger mais seulement de nouveaux espaces d'autonomie personnelle.

C'est sur cette évolution qu'insiste A. Gorz. Si, pour lui, "nous n'allons nulle part ; l'Histoire n'a pas de sens", il n'en demeure pas moins que nous sommes au seuil de la libération qui viendra avant tout des individus refusant la logique productiviste et instaurant une nouvelle rationalité.

Il n'existe actuellement aucune vision d'ensemble, mais seulement une nébuleuse de projets individuels qui tous, concourent au développement des espaces d'autonomie et à la multiplication.

---



FACULTE DE DROIT ET DE SCIENCE POLITIQUE D'AIX-MARSEILLE  
CENTRE DE PHILOSOPHIE DU DROIT

Université de Droit, d'Economie et des Sciences d'Aix-Marseille

**NOTE DE LECTURE**

**TITRE :** LITTERATURES CONTEMPORAINES SUR LA "TOPIQUE JURIDIQUE",  
Préface M.Villey, Trav. et Rech. Univ. Droit de Paris, PUF, 1981.

**AUTEUR :** Peter DEGADT.

**THEME PRINCIPAL :**

Pour remédier aux échecs de la méthode juridique déductive, l'apport d'un "art qui prend son point d'appui méthodologique dans le "problème" (p.1), l'art des arguments, lieux ou points de vue.

Une étude qui n'est pas seulement une présentation historique approfondie de "littératures" successives, mais qui aide à mesurer la perte qu'a représenté l'abandon de l'enseignement de la rhétorique.

**APPORT BIBLIOGRAPHIQUE :**

De Pater, Les topiques d'Aristote et la dialectique platonicienne, Tomistische Studie, Fribourg/Suisse, éd. St Paul, 1965.

Destopoulos, Le raisonnement juridique d'après Aristote, Arch.Phil.Dt, 1972.

Barthes, L'ancienne rhétorique, in Communications, 16, Paris, Seuil, 1970.  
(Les numéros renvoient aux pages).

**MOTS-CLES**

- |   |   |
|---|---|
| Analogie : 9, 29.                             | Lieux : 8, 13-18, 47 et s., 54 et s.    |
| Arguments : 13-18, 28, 29, 50.                | Logique : 6, 9, 23.                     |
| Art. 38.                                      | Opinion : 4, 9, 67.                     |
| Axiomes : 15.                                 | Personne : 17.                          |
| Cohérence : 21, 23, 34.                       | Politique juridique : 27, 42.           |
| Common Law : 67.                              | Positivismisme : 19, 30, 33, 42, 67.    |
| Conservatisme : 21, 42.                       | Prémisse : 5, 9, 11, 33, 35, 68.        |
| Culture : 20-21.                              | Principes généraux : 19-20.             |
| Dialectique : 4, 6, 40-41, 44, 46, 61-63, 67. | Problème : 1, 7, 11, 23, 31, 32.        |
| Dialogue : 2, 10-11.                          | Preuve : 11, 69.                        |
| Exception : 13-14, 17, 37.                    | Qualification : 37.                     |
| Fondement : 11-12, 27, 38.                    | Réfutation : 37.                        |
| Idéologie : 21, 64.                           | Sécurité juridique : 19-63.             |
| Juste : 66-67.                                | Système : 1, 7, 9, 18, 32, 34, 35.      |
| Légalisme : 20.                               | Système ouvert ou fermé : 24 et s., 42. |
|   | Valeur : 13, 15, 17, 27, 37.            |

## PLAN

- p. 3 **Première Partie : LE COURANT TOPIQUE MODERNE**
- p. 4 **Chap. 1 La méthode topique de Viehweg.**
- p. 4 § 1 Penser en Problèmes.
- p. 10 § 2 Une théorie d'argumentation rhétorique en droit.
- p. 13 **Chap. 2 Le succès des topiques.**
- p. 13 § 1 Les lieux communs de Perelman.
- p. 15 § 2 Les lieux juridiques de Struck et d'autres.
- p. 18 § 3 Problèmes.
- p. 22 **Chap. 3 La polémique autour de la méthode topique de Viehweg.**
- p. 22 § 1 La critique des sources de Viehweg.
- p. 33 § 2 Réfutation de la thèse viehwegienne par le courant "systématique".
- p. 35 § 3 Répliques et tentatives de réconciliation.
- 
- p. 43 **Deuxième Partie : LA FONCTION METHODOLOGIQUE DES "TOPOI" CLASSIQUES.**
- p. 46 **Chap. 1 Les topiques aristotéliens.**
- p. 47 § 1 Analyse du "lieu" dans les Topiques et la Rhétorique.
- p. 54 § 2 "Lieux" et "instruments".
- p. 55 § 3 Schéma du raisonnement topique.
- p. 59 **Chap. 2 Evolution plus tardive.**
- p. 62 **Chap. 3 Jugement.**
- p. 65 Conclusion générale.

## EXTRAITS

"Les **topoi** se présentent comme des points de vue, pouvant trouver leur application dans divers sens et qui sont généralement acceptés" (p.5) ; ce sont "différents points de vue susceptibles d'être amenés dans une discussion" (p.6).

"Cette méthode (de Viehweg) se caractérise par son attention permanente à la complexité d'un problème, attention qui n'est possible que si on approche l'objet de recherche à partir de différents points de vue" (p.23).

"D'une part, nous tenons pour acquis que le droit est essentiellement oeuvre de connaissance et non pas de persuasion. D'autre part, nous savons qu'en droit il ne s'agit pas de "démonstration" ou de "déduction parfaite", mais que le point de départ est en fait le probable, les opinions, les idées admises" (p.67).

"La dialectique comme art du dialogue confronte les différents points de vue probables (trouvés grâce à la topique) dans une controverse. C'est donc un jeu réglé où sont défendus les points de vue contradictoires ; mais en vue d'une fin commune, notamment de recherche du juste" (p.67).

"La loi est un topique parmi d'autres" (p.20).

"Le lieu est une proposition qui n'est jamais mise en question en tant que point de départ, et qui détermine quelle donnée entre dans la preuve dont elle est la formule d'inférence, dotée d'une certaine généralité, c'est-à-dire sans limitation à cette preuve même" (p.56 : De Pater).

**ACTIVITES DE LA FACULTE DE DROIT ET DE SCIENCE POLITIQUE  
D'AIX-MARSEILLE**

**PUBLICATIONS DES ENSEIGNANTS (SUITE)**

M.J. AUDIER

- Juris-classeur civil, art. 543, art. 546, art. 547-550, 14 p.
- Droit civil, 2° degré (rédacteurs), éd. Centre de Formation des Personnels communaux (C.F.P.C.), 90 p.
- Droit civil, 1° degré (commis et secrétaires de mairie), éd. Centre de Formation des Personnels communaux (C.F.P.C.), 64 p.

M. Roger BERAUD  
*Docteur en droit, licencié ès lettres,  
Chargé d'enseignement à l'Université,  
Vice-président  
du Tribunal de grande instance d'Aix.*

M. Jean DEBEAURAIN  
*Docteur en droit,  
Assistant à la Faculté,  
Avocat à la Cour d'Aix.*

MITOYENNETE  
CLOTURE - BORNAGE  
SERVITUDES

*(Collection des traités Sirey, un volume cartonné 16 x 24, 1ère édition 1981, 352 pages. ISBN 2 248 00606 3)*

Préface

Georges LIET-VEAUX  
*Professeur au Conservatoire national des arts et métiers  
Directeur des études de l'I.C.H.*

Outre des conflits entre voisins qui gardent une perpétuelle actualité, d'innombrables servitudes de droit privé et surtout de droit administratif provoquent la stérilisation souvent des biens fonciers et le droit de propriété tend à devenir un droit de copropriété avec l'autorité publique. Développements des techniques et modifications des mœurs d'ailleurs, contribuent à rendre indispensable un réexamen, périodique et critique, de l'ensemble de ces questions.

La conception de ce traité s'appuie sur les importants travaux juridiques antérieurs des deux auteurs, bien connus : les servitudes s'y trouvent étudiées d'une manière approfondie avec leurs répercussions d'ordre économique (*évaluation des indemnités, moins-values des biens fonciers*). Les développements les plus importants ont été consacrés aux questions d'intérêt le plus journalier comme la mitoyenneté, le bornage, le passage aux fins de désenclavement, le surplomb par des lignes électriques, etc.

L'ouvrage est illustré de nombreux croquis et complété par des renseignements pratiques : la reproduction des usages locaux parisiens, un exemple de rapport d'expertise. Enfin les recherches sont facilitées par le classement des servitudes par ordre alphabétique, et une table détaillée.

Comme l'a écrit le préfacier, M. Liet-Veaux : "Dans cet ouvrage dont la dominante est le renseignement, législatif, réglementaire ou jurisprudentiel,

grâce à l'érudition des auteurs, nourrie d'histoire, agrémentée d'observations critiques, on sent passer une chaleur humaine d'excellent goût... Rarement méthode a donné de meilleurs fruits".

---

M. le Professeur J. BORRICAND.

- L'extradition des terroristes : Rev. Sc. crim. 1980 p. 661.
- Donner et reprendre ne vaut. Réflexions sur quelques décisions "sociales" récentes de la chambre criminelle : D.S. 1980, Chr. 323.
- Juris-classeur Pénal, art. 44 à 50 refonte, à paraître.
- Juris-classeur Pénal, art. 315. refonte, à paraître.
- Juris-classeur Pénal, art. 400, § 3 à 6 refonte, à paraître.

M.L. COUPET.

- Le nouvel esprit des législations du divorce en Europe : Bulletin de l'Association Française de Psychiatrie et de Psychopathologie sociales, 1980, n° 4, p. 53 à 107.

M. le Recteur M.H. FABRE.

- Note bibliographique : F. Biscaretti Di Ruffia, Introduzione al diritto costituzionale comparato, 4ème éd., R.I.D.C., n° 3, 1980, pp. 649-650.
  - Note bibliographique : G. Lavroff, Le système politique français, La Vème République, R.D.P. n° 5, 1980, pp. 1506 à 1508.
  - Présentation de la Journée de la Mer du 16 octobre 1980, in La Mer, Perspective d'avenir, Publication de la Chambre de Commerce et d'Industrie de Marseille, 1980, pp. 9-10.
  - Les transports maritimes à l'heure communautaire, préface et présentation, cahier de documentation de la Chambre de Commerce et d'Industrie de Marseille, 1980, pp. 6-7, 13-14.
  - La Faculté de Droit d'Aix : David ou Goliath, in Aix-en-Provence, Revue des activités municipales, n° 73, p. 9.
  - Communication à l'Académie des Sciences, Agriculture, Arts et Belles Lettres d'Aix : Vive le Roy à travers le roman aixois, 1980, 12 p.
-

# REVUE DE LA RECHERCHE JURIDIQUE - DROIT PROSPECTIF

## INDEX GENERAL (1976 - 1981)

### I - INDEX CHRONOLOGIQUE

1976

#### N° 1

- |  |   |
|--|---|
| Jean-Marc ZAORSKI et<br>Denis-Yves MEDUCIN | "Pour une approche prospective de la<br>recherche juridique".   |
| Charles DEBBASCH                           | "Décentralisation et efficacité du pouvoir".  |
| André DE LAUBADERE                         | "Existe-t-il en France un Droit Administratif<br>économique ?"  |
| Louis FAVOREU                              | "La contribution du Conseil Constitutionnel<br>à la protection des libertés publiques".   |
| Gérard CAS                                 | "La liberté de la critique en matière<br>de produits et services".  |
| Denis-Yves MEDUCIN                         | "L'hypothèse d'un modèle algérien de<br>coopération pour le développement, analysée<br>à travers l'évolution de la coopération<br>franco-algérienne". |
| Jean-Marc ZAORSKI                          | "L'élection du Parlement européen au<br>suffrage universel direct : une étape<br>vers une Communauté Politique européenne ?"                          |
| Gilles WOLKOWITSCH et<br>André ROUX        | "L'article 19 de la Constitution du 4<br>octobre 1958".   |

#### N° 2

- |                  |  |
|------------------|--|
| Marcel WALINE    | "Hypothèses sur l'évolution du Droit<br>en fonction de la raréfaction de certains<br>biens nécessaires à l'homme". |
| Charles DEBBASCH | "Les formes nouvelles d'Administration".   |

- Gilles ZALMA "Les clauses compromissaires dans les traités internationaux conclus depuis la seconde guerre mondiale dans le domaine maritime et aérien".
- Jean-Marie RAINAUD "Réflexions sur le Droit administratif du développement".
- Jean GUEIT "Une nouvelle Constitution soviétique ? L'impossible choix".
- Alain CHABERT et Pierre LEMIEUX "Contrôle de constitutionnalité et protection des libertés : le rôle de la Cour Suprême canadienne et du Conseil Constitutionnel".
- Jacques AUDIER "Un exemple d'informatique juridique : la constitution d'un fichier des textes applicable aux départements et territoires d'outre-mer".

1977

## N° 3 et 4

- Jean-Marie AUBY "Sur une pratique excessive. Les validations législatives".
- Michel REYDELLET "Neutralité politique ou réserve des étrangers en France"(A propos de l'Arrêt Perrégaux)."
- Jimmy CARTER "La démocratie, l'Amérique, la France et l'Europe".
- Léo TINDEMANS Perspectives de l'Union Européenne après le Rapport Tindemans".
- Michel DEBRE "L'idée européenne et sa déformation".
- Gaston THORN "L'Europe, son avenir, ses chances".
- Michel JOBERT "Où va l'Europe ?"
- Henri BRUGMANS "L'Europe des Etats - un double échec - causes et conséquences".
- Louis CARTOU "La mondialisation de l'économie et la C.E.E.".
- Guy HERAUD "Les voies juridiques de la genèse fédérale".
- Jean-Marc ZAORSKI "L'obstacle supranational. Souverainetés nationales et supranationalité".
- Louis FAVOREU "Quelques perspectives de l'intégration

- européenne après la décision du Conseil Constitutionnel du 30 décembre 1976".
- Marie-Christine LIENARD "Autour de la décision du Conseil Constitutionnel du 30 décembre 1976".
- Gilles WOLKOWITSCH "La forme de l'Europe et la dilution des concepts juridiques traditionnels".
- Léon KLEIN et Roland MARTIN-CHAVE "Le consommateur de la C.E.E.".
- René DAVID "L'institut universitaire européen de Florence".
- Bertrand WOLKOWITSCH "Les procédures de décision de la C.E.E. dans le domaine des transports".

**1978****N° 5**

- Marceau LONG "La situation des gouvernements de la Ve République à la suite d'élections législatives".
- Hubert AMIEL "Le sursis d'exécution des décisions administratives : évolution récente et perspectives".
- André HOLLEAUX "Les pouvoirs multiples dans le pouvoir".
- Pierre LEMIEUX "Le fédéralisme et le cas du Québec".
- Jean-Yves LASSALLE "Les personnes responsables des engagements souscrits pour le compte des sociétés commerciales avant leur immatriculation au registre du commerce".

**N° 6**

- R. DECOTTIGNIES "La résistance du Droit africain à la modernisation en matière d'obligations".
- Jean GUEIT "La nouvelle Constitution soviétique : une étape vers l'auto-administration sociale et communiste".
- Hubert-Claude AMIEL "L'examen particulier des circonstances : contribution à l'étude du contrôle du pouvoir discrétionnaire par le juge administratif français dans la jurisprudence récente du Conseil d'Etat".
- Thierry RENOUX "1974-1978 : Bilan d'une réforme : à propos

de l'élargissement de la saisine du Conseil Constitutionnel".

Gilbert ORSONI

"Réflexions sur la politique d'équilibre budgétaire. Bilan et perspectives".

Bernard NOTIN

"La théorie économique et la loi : des relations diverses et ambiguës".

Nicolas SCHMIT

"L'avenir de la politique étrangère du Luxembourg dans un monde en mutation".

## 1979

### N° 7

Robert PINI

"De la taxe locale à la dotation globale de fonctionnement : la recherche d'une ressource idéale pour les collectivités locales".

Richard GHEVONTIAN

"Contribution à l'étude de la faute en tant que fondement de la responsabilité des établissements publics hospitaliers".

Bernard CUBERTAFOND

"Le Président de la République "protecteur des libertés".

## 1980

### N° 8

Danielle TARDIEU-NAUDET

"L'incidence, sur la responsabilité du débiteur, de la faute caractérisée de son préposé" (I).

## 1981

### N° 9

Danielle TARDIEU-NAUDET

"L'incidence, sur la responsabilité du débiteur, de la faute caractérisée de son préposé" (II).

Christian POLAK

"La législation japonaise relative aux droits d'auteur".

### N° 10

Michel VILLEY

"Critique de l'utilitarisme juridique"

Henri BATIFFOL

"La responsabilité de la doctrine dans la création du Droit".

Jean-yves CHEROT

"Les techniques du juge administratif dans la détermination de la consistance du domaine public".



## II - INDEX ALPHABETIQUE DES AUTEURS

- Hubert AMIEL "Le sursis d'exécution des décisions administratives : évolution récente et perspectives" (N° 5).
- Hubert AMIEL "L'examen particulier des circonstances : contribution à l'étude du contrôle du pouvoir discrétionnaire par le juge administratif français dans la jurisprudence récente du Conseil d'Etat" (N° 6).
- Jacques AUDIER "Un exemple d'informatique juridique : la constitution d'un fichier des textes applicable aux départements et territoires d'outre-mer" (N° 2).
- Jean-Marie AUBY "Sur une pratique excessive. Les validations législatives" (N° 3-4).
- Henri BATIFFOL "La responsabilité de la doctrine dans la création du Droit (N° 10).
- Henri BRUGMANS "L'Europe des Etats - un double échec - causes et conséquences" (N° 3-4).
- Jimmy CARTER "La démocratie, l'Amérique, la France et l'Europe" (N° 3-4).
- Louis CARTOU "La mondialisation de l'économie et la C.E.E." (N° 3-4).
- Gérard CAS "La liberté de la critique en matière de produits et services" (N° 1).
- Alain CHABERT et Pierre LEMIEUX "Contrôle de constitutionnalité et protection des libertés : le rôle de la Cour Suprême canadienne et du Conseil Constitutionnel" (N° 2).
- Jean-Yves CHEROT "Les techniques du juge administratif dans la détermination de la consistance du domaine public" (N° 10).
- Bernard CUBERTAFOND "Le Président de la République "protecteur des libertés" (N° 7).
- René DAVID "L'institut universitaire européen de Florence" (N° 3-4).
- Charles DEBBASCH "Décentralisation et efficacité du pouvoir" (N° 1).
- Charles DEBBASCH "Les formes nouvelles d'Administration" (N°2)

- Michel DEBRE "L'idée européenne et sa déformation" (N°3-4)
- R. DECOTTIGNIES "La résistance du Droit africain à la modernisation en matière d'obligations"(N°6)
- Louis FAVOREU "La contribution du Conseil Constitutionnel à la protection des libertés publiques" (N° 1)
- Louis FAVOREU "Quelques perspectives de l'intégration européenne après la décision du Conseil Constitutionnel du 30 décembre 1976 (N°3-4)
- Richard GHEVONTIAN "Contribution à l'étude de la faute en tant que fondement de la responsabilité des établissements publics hospitaliers" (N°7)
- Jean GUEIT "La nouvelle Constitution soviétique : une étape vers l'auto-administration sociale et communiste" (N° 6).
- Jean GUEIT "Une nouvelle Constitution soviétique ? L'impossible choix" (N° 2).
- Guy HERAUD "Les voies juridiques de la genèse fédérale" (N° 3-4).
- André HOLLEAUX "Les pouvoirs multiples dans le pouvoir" (N°5)
- Michel JOBERT "Où va l'Europe ?"
- Léon KLEIN et Roland MARTIN-CHAVE "Le consommateur de la C.E.E." (N° 3-4).
- Jean-Yves LASSALLE "Les personnes responsables des engagements souscrits pour le compte des sociétés commerciales avant leur immatriculation au registre du commerce" (N° 5).
- André DE LAUBADERE "Existe-t-il en France un Droit Administratif économique" ? (N° 1).
- Pierre LEMIEUX "Le fédéralisme et le cas du Québec" (N° 5).
- Marie-Christine LIENARD "Autour de la décision du Conseil Constitutionnel du 30 décembre 1976" (N° 3-4).
- Marceau LONG "La situation des gouvernements de la Vème République à la suite d'élections législatives" (N° 5).
- Denis-Yves MEDUCIN "L'hypothèse d'un modèle algérien de coopération pour le développement analysée à travers l'évolution de la coopération franco-algérienne" (N° 1).

- Bernard NOTIN "La théorie économique de la loi : des relations diverses et ambiguës" (N° 6).
- Gilbert ORSONI "Réflexions sur la politique d'équilibre budgétaire. Bilan et perspectives" (N° 6).
- Robert PINI "De la taxe locale à la dotation globale de fonctionnement : la recherche d'une ressource idéale pour les collectivités locales" (N° 7).
- Christian POLAK "La législation japonaise relative aux droits d'auteur" (N° 9).
- Jean-Marie RAINAUD "Réflexions sur le Droit administratif du développement" (N° 2).
- Thierry RENOUX "1974-1978 : Bilan d'une réforme : à propos de l'élargissement de la saisine du Conseil Constitutionnel" (N° 6).
- Michel REYDELLET "Neutralité politique ou réserve des étrangers en France (A propos de l'Arrêt Perrégaux) (N° 3-4).
- Nicolas SCHMIT "L'avenir de la politique étrangère du Luxembourg dans un monde en mutation" (N° 6).
- Danielle TARDIEU-NAUDET "L'incidence, sur la responsabilité du débiteur, de la faute caractérisée de son préposé" (I) (N° 8).
- Danielle TARDIEU-NAUDET "L'incidence, sur la responsabilité du débiteur, de la faute caractérisée de son préposé" (II) (N° 9).
- Gaston THORN "L'Europe, son avenir, ses chances" (N° 3-4).
- Léo TINDEMANS "Perspectives de l'Union Européenne après le Rapport Tindemans" (N° 3-4).
- Michel VILLEY "Critique de l'utilitarisme juridique (N° 10).
- Marcel WALINE "Hypothèses sur l'évolution du Droit en fonction de la raréfaction de certains biens nécessaires à l'homme" (N° 2).
- Bertrand WOLKOWITSCH "Les procédures de décision de la C.E.E. dans le domaine des transports" (N° 3-4).
- Gilles WOLKOWITSCH et André ROUX "L'article 19 de la Constitution du 4 octobre 1958" (N° 1).

- Gilles WOLKOWITSCH "La forme de l'Europe et la dilution des concepts juridiques traditionnels" (N° 3-4)
- Gilles ZALMA "Les clauses compromissaires dans les traités internationaux conclus depuis la seconde guerre mondiale dans le domaine maritime et aérien". (N° 2).
- Jean-Marc ZAORSKI et Denis-Yves MEDUCIN "Pour une approche prospective de la recherche juridique" (N° 1).
- Jean-Marc ZAORSKI "L'élection du Parlement européen au suffrage universel direct : une étape vers une Communauté Politique européenne ?" (N° 1).
- Jean-Marc ZAORSKI "L'obstacle supranational. Souverainetés nationales et supranationalité" (N° 3-4).
-





